

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

EDILSON VITORELLI DINIZ LIMA

**O DEVIDO PROCESSO LEGAL COLETIVO:**

REPRESENTAÇÃO, PARTICIPAÇÃO E EFETIVIDADE DA TUTELA  
JURISDICIONAL

Curitiba

2015

Edilson Vitorelli Diniz Lima

## **O DEVIDO PROCESSO LEGAL COLETIVO:**

REPRESENTAÇÃO, PARTICIPAÇÃO E EFETIVIDADE DA TUTELA

JURISDICIONAL

Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito.

Área de Concentração: Relações Sociais

Linha de Pesquisa: Direito, Tutela e Efetividade

Orientador: Prof. Dr. Luiz Guilherme Marinoni

Curitiba

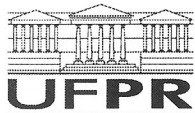
Faculdade de Direito

2015

Ata da reunião da Comissão Julgadora da Tese apresentada pelo doutorando **Edilson Vitorelli Diniz Lima**, realizada no dia quatro de agosto de dois mil e quinze, às quatorze horas.

No dia quatro de agosto do ano de dois mil e quinze, às quatorze horas, nas dependências do Programa de Pós-graduação em Direito do Setor de Ciências Jurídicas da UFPR – 3.º andar, em sessão pública, reuniu-se a Comissão Julgadora da Tese apresentada pelo doutorando **Edilson Vitorelli Diniz Lima**, sob o título “**O DEVIDO PROCESSO LEGAL COLETIVO: REPRESENTAÇÃO, PARTICIPAÇÃO E EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL**”. Comissão esta constituída pelos Professores Doutores Luiz Guilherme Bittencourt Marinoni (Orientador-Presidente/UFPR), Clèmerson Merlin Clève (UFPR), Sérgio Cruz Arenhart (UFPR), Fredie Didier Junior (UFBA) e Rodrigo Reis Mazzei (UFES) por Skype, respectivos Membros, nos termos da decisão do Colegiado deste Programa. Abrindo a sessão, declarou o Senhor Presidente que o exame inicia-se com a exposição sumária pelo doutorando, no prazo máximo de sessenta minutos, sobre o conteúdo de sua Tese, em seguida cada examinador argüirá o doutorando, no prazo máximo de trinta minutos, devendo a argüição ser respondida em igual prazo ou sessenta minutos quando haja diálogo na argumentação. Assim sendo, após a exposição oral, o doutorando foi argüido sucessivamente pelos Professores Doutores Luiz Guilherme Bittencourt Marinoni, Clèmerson Merlin Clève, Sérgio Cruz Arenhart, Fredie Didier Junior e Rodrigo Reis Mazzei. Em seguida, o Senhor Presidente suspendeu a sessão por dez minutos, passando a Comissão Julgadora, em sessão reservada, ao julgamento da Tese, atribuindo cada examinador a sua nota de zero a dez (equivalente de D a A). Reabrindo a sessão, foi, pelo Senhor Presidente, anunciado o resultado do julgamento, declarando ter sido aprovada a Tese, por unanimidade de votos, sendo-lhe atribuídas as seguintes notas: Luiz Guilherme Bittencourt Marinoni, 10,00 (dez inteiros), Clèmerson Merlin Clève, 10,00 (dez inteiros), Sérgio Cruz Arenhart, 10,00 (dez inteiros), Fredie Didier Junior, 10,00 (dez inteiros), Rodrigo Reis Mazzei, 10,00 (dez inteiros), resultando a média 10,00 (dez inteiros), equivalente ao conceito A, com recomendação de publicação. A seguir, emitiu a Comissão seu Parecer em separado,





MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO  
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

sendo a sessão encerrada pelo Senhor Presidente, o qual agradeceu a presença de todos. Do que para constar, eu, Ana Maria Cristofolini, Assistente em Administração, lavrei a presente ata que segue assinada pelos Senhores Membros da Comissão Julgadora.



## PARECER

A Comissão Julgadora da Tese apresentada pelo doutorando **Edilson Vitorelli Diniz Lima**, sob o título **O DEVIDO PROCESSO LEGAL COLETIVO: REPRESENTAÇÃO, PARTICIPAÇÃO E EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL**, após argüir o candidato e ouvir suas respostas e esclarecimentos, deliberou aprová-lo por unanimidade de votos, com base nas seguintes notas atribuídas pelos Membros:

  
Prof. Dr. Luiz Guilherme Bittencourt Marinoni - 10,00 (dez inteiros)

  
Prof. Dr. Clèmerson Merlin Clève - 10,00 (dez inteiros)

  
Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart - 10,00 (dez inteiros)

  
Prof. Dr. Fredie Didier Junior - 10,00 (dez inteiros)

  
Prof. Dr. Rodrigo Reis Mazzei - 10,00 (dez inteiros)

Em face da aprovação, deliberou, ainda, a Comissão Julgadora, na forma regimental, opinar pela **concessão do título de Doutor em Direito ao candidato Edilson Vitorelli Diniz Lima**.

É o parecer.

Curitiba, 4 de agosto de 2015.

## AGRADECIMENTOS

Escrever uma tese em Direito significa assumir o substancial compromisso de inovar no estado do conhecimento de uma ciência com avançado grau de maturidade, à qual se dedicam alguns dos mais competentes intelectuais do nosso tempo. Felizmente, ao longo da jornada que culminou com a produção deste trabalho, encontrei diversas pessoas e instituições que auxiliaram-me para que o objetivo pudesse ser alcançado.

Institucionalmente, agradeço à Universidade Federal do Paraná que, desde o primeiro momento, acolheu de braços abertos um pesquisador que lhe era completamente desconhecido. A banca de seleção, presidida pelo Professor Doutor Titular Luiz Edson Fachin e integrada pelos Professores Doutores Sérgio Cruz Arenhart, Vera Lúcia Kararam de Chueiri, Juarez Cirino dos Santos e Celso Ludwig demonstrou, já em meu primeiro contato com a instituição, a seriedade e competência com a qual seus trabalhos são desenvolvidos. Agradeço também ao Ministério Público Federal, pela concessão da licença-capacitação, que foi fundamental para o desenvolvimento do projeto, assim como por permitir, em minha experiência profissional, a oportunidade de contribuir, ainda que minimamente, para a melhoria da realidade brasileira.

Pessoalmente, agradeço ao meu orientador, Professor Doutor Titular Luiz Guilherme Marinoni, pela disposição em ceder seu valioso tempo e prestigiado intelecto à elaboração desta tese, assim como ao meu orientador originário, Professor Doutor Alcides Alberto Munhoz da Cunha, de saudosa memória, a quem não foi concedida a oportunidade de ver o trabalho concluído. Agradeço ainda ao Professor Doutor Sérgio Cruz Arenhart que, desde o início, foi o maior incentivador, apoiador e debatedor dos temas que me propus a pesquisar. Este trabalho não seria o que é sem sua generosa colaboração.

Quero, ainda, expressar minha gratidão à Professora Doutora Deborah Hensler, que foi minha orientadora no período em que esta pesquisa foi desenvolvida na condição de *Visiting Scholar* na Stanford Law School e ao Professor Doutor David Rosenberg, meu orientador na qualidade de *Visiting Researcher* na Harvard Law School. A

influência que exerceram sobre meu pensamento, ressaltando o valor da pesquisa empírica e do estudo das consequências econômicas do fenômeno jurídico estão profundamente refletidas em diversos dos temas da tese. Devo agradecer, ainda, em Harvard, ao Professor Doutor Robert Anderson e, em Stanford, aos Professores Doutores Deborah Rhode, Richard Banks e Mitchell Polinsky, que me receberam em suas disciplinas, sempre abertos à produtiva troca de experiências entre duas culturas jurídicas tão diferentes.

Também devo reconhecer meu débito para com vários professores da Universidade Federal do Paraná que, durante o curso, forneceram novas perspectivas sobre o problema em estudo, colaborando para o caráter interdisciplinar da pesquisa: Professores Doutores Ricardo Marcelo Fonseca, Clèmerson Merlin Clève, Pedro Bodê de Moraes – a quem devo a inspiração para o tratamento sociológico que embasa o Capítulo 2 – Wilson Ramos Filho, Aldacy Coutinho, César Serbena, Celso Ludwig, Romeu Felipe Bacellar e Abili Castro de Lima. Na fase final de elaboração, fui extremamente honrado com o vivo interesse dos Professores Doutores Fredie Didier Júnior, Hermes Zaneti Júnior e Rodrigo Mazzei, que contribuíram para o esclarecimento de várias das ideias aqui apresentadas. À coordenação do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR, na pessoa dos Professores Doutores José Antônio Peres Gediel e Luís Fernando Lopes Pereira, e das servidoras Cecília e Ana Maria, agradeço pela gestão competente, que permitiu que as dificuldades administrativas fossem superadas de modo ágil e abalizado.

Ainda gostaria de ressaltar o valor da contribuição dos colegas do Programa de Pós-Graduação da UFPR, que são responsáveis pelo alto nível dos estudos que nele são realizados, tanto em termos de pesquisas individuais, em grupo ou no desenvolvimento das disciplinas. Agradeço a Maurício Tim, Gustavo Osna, Juliana Pondé, Paula Pessoa, Marcella Ferraro, Luiz Krassuski, Nasser Alan, Fernando Andreoni, Antônio Kozikoski, Glenda Godim, Ricardo Alexandre e, de modo especial, Marcelo Quentin, que também me abrigou em sua casa durante parte da jornada, Miguel Godoy, grande incentivador de meus estudos no exterior, e Bruno Zaroni, coautor em vários trabalhos. Agradeço, igualmente, aos Procuradores da República Aureo Lopes, Danilo Ferreira e Raquel Silvestre e aos professores de Direito Processual Civil da Universidade Presbiteriana Mackenzie, Unidade Campinas, além

de tantos outros amigos que se dispuseram a ouvir e debater minhas ideias. Todos eles contribuíram para o desenvolvimento deste estudo.

Ao final, agradeço, de modo muito especial, a minha esposa Fabiana, não apenas por ser minha companheira de caminhada e por compartilhar dos ônus que esse projeto implicou, mas também pela meticulosa revisão de todo o trabalho. Agradeço também aos meus pais e irmãos, pelo apoio emocional. Essas são as pessoas que verdadeiramente entendem a alegria da conclusão deste projeto.

Fabiana, na defesa de sua própria tese, disse uma frase da qual me recordei vivamente nos momentos finais de elaboração deste trabalho: quando se ingressa no doutorado, se imagina apresentar um resultado acabado e imutável. Quando se conclui, percebe-se que a pesquisa acarretou uma ampliação tão manifesta dos questionamentos iniciais, que o trabalho passa a ser o ponto de partida para uma vida de estudos. Essa é exatamente a sensação com a qual a presente tese vem a lume.

*We still misunderstand class actions.*

Stephen Yeazell

*Class actions are complex social dramas.*

Deborah Hensler

*It's not about whether there will be mass aggregate litigation, but how.*

Howard Erichson

## **Resumo**

A presente tese tem como objetivo central a proposição de um novo modelo processual coletivo, que responda às dificuldades empiricamente verificadas na tutela dos direitos da sociedade. Demonstra-se, inicialmente, que a construção do processo coletivo no Brasil envolveu, por necessidade histórica, formulações que encobriram problemas inerentes à dissociação entre sujeito processual e titularidade dos direitos materiais, notadamente, o debate acerca da relação existente entre o legitimado coletivo e a sociedade ausente do processo.

A partir de um marco teórico sociológico, a tese propõe a superação dos conceitos de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, substituindo-os por tipos de litígios, construídos a partir das características da lesão. Nesse sentido, são apresentadas três modalidades de litígios coletivos, a saber: litígios coletivos globais, locais e irradiados, de acordo com o grau de complexidade da tutela jurisdicional demandada e de conflituosidade da sociedade titular do direito.

Formulada a tipologia dos litígios coletivos, o trabalho se volta para a necessidade de construir uma teoria geral dos processos representativos, tendo em vista a conclusão de que a atividade do legitimado coletivo se reveste desse caráter. Essa teoria é colocada à prova por intermédio de um exercício comparativo entre o modelo representativo brasileiro e o modelo norte-americano. Um capítulo é especificamente dedicado aos conflitos no seio da sociedade representada, inaugurando, no Brasil, um debate candente entre os teóricos nos Estados Unidos. Mais uma vez, o aporte comparativo se faz presente, a partir de análise empírica de situações análogas, verificadas nos dois países nos quais a pesquisa foi desenvolvida.

Ao final, a tese se vale das formulações teóricas e dos dados expostos nos capítulos anteriores para propor um modelo processual tripartite, definindo atribuições e limites para a atividade representativa nos litígios globais, locais e irradiados, bem como revendo outras categorias processuais, tudo com o objetivo final de delinear um modelo mais adequado à proteção efetiva dos direitos materiais.

**Palavras-chave:** Processo civil coletivo; modelos representativos; tutela de direitos.

## **Abstract**

The main objective of this dissertation is to propose a new model of collective redress (or class action), to respond to the difficulties empirically verified after thirty years of experience in Brazil. In the first chapter, we demonstrate that Brazilian scholars have formulated a theory of class actions that covered up inherent difficulties of a representative procedure. Namely, there is almost no debate, in Brazil, about the relationship between the absent class members and the plaintiff of the lawsuit.

We propose the use of a sociological framework to overcome the concepts of diffuse, collective and homogeneous rights, currently in use in Brazil, replacing them with types of disputes, built from the characteristics of the harm. In this sense, we propose the use of global, local and irradiated disputes, according to the degree of complexity of the case and of the conflicts within the society.

Having presented this theoretical framework, we turn to the formulation of a general theory of representative civil procedure, aiming to clarify what the class representative owes to class members. After that, we compare the Brazilian representative model and the American model of collective litigation, in order to demonstrate the central role of representation to an adequate model of collective redress. A chapter is dedicated to analyze intraclass conflicts, using two similar empirical cases that happened in the US and, not much longer, in Brazil, in very similar circumstances.

Finally, we present the thesis that it is possible to propose a model of collective redress, specifically designed for each type of dispute initially presented. We define roles and limits for representation in each one of them, which leads to the review other procedural categories. The final goal of this model is to provide a framework that allows effective protection of substantive rights of the society.

**Keywords:** class actions; collective redress; representative lawsuits.

## Resumen

El objetivo principal de esta tesis es proponer un nuevo modelo de proceso colectivo (o acción de clase), para responder a las dificultades empíricamente verificadas después de treinta años de experiencia en Brasil. En el primer capítulo, se demuestra que los estudiosos brasileños han formulado una teoría de las acciones de clase que oscurece las dificultades inherentes a un procedimiento representativo. Es decir, casi no hay debate, en Brasil, sobre la relación entre los miembros de la clase ausentes y el demandante del proceso.

Proponemos el uso de un marco sociológico para superar los conceptos de derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos, actualmente en uso en Brasil, reemplazándolos con tipos de conflictos, contruidos a partir de las características del daño. En este sentido, se propone la utilización de los conflictos globales, locales e irradiados, según el grado de complejidad del caso y de los conflictos dentro de la sociedad.

Después de haber presentado este marco teórico, nos dirigimos a la formulación de una teoría general del proceso civil representativo, con el objetivo de aclarar las obligaciones del representante de la clase. Después de eso, se compara el modelo representativo de Brasil y el modelo americano de litigio colectivo, con el fin de demostrar el papel central de la representación en un modelo adecuado de proceso colectivo. Un capítulo está dedicado a analizar los conflictos intraclase, utilizando dos casos empíricos similares, que ocurrieron en los EE.UU., y no mucho después, en Brasil, en circunstancias muy similares.

Por último, se presenta la tesis de que es posible proponer un modelo de proceso colectivo, diseñado específicamente para cada tipo de litigio presentado inicialmente. Definimos las funciones y límites para la representación en cada uno de ellos, lo que lleva a la revisión de otras categorías procesales. El objetivo final de este modelo es proporcionar un marco que permita la protección efectiva de los derechos fundamentales de la sociedad.

**Palabras clave:** acciones de clase; proceso colectivo; demandas representativas.



## SUMÁRIO

CAPÍTULO 1 - EXPOSIÇÃO E CONTEXTUALIZAÇÃO DO PROBLEMA E DA HIPÓTESE .....	15
1.1 Problema e hipótese.....	15
1.2 Histórico do problema.....	15
1.4 Insuficiência conceitual relativa aos direitos transindividuais .....	18
1.5 Caracterização insuficiente dos “grupos” titulares de direitos .....	23
1.6 A coisa julgada secundum eventum litis.....	25
1.7 A questão da “adaptação” do processo civil.....	30
1.8 Síntese das indagações: a necessidade de elaboração do conceito de devido processo legal coletivo .....	30
CAPÍTULO 2 - UMA NOVA TIPOLOGIA DOS LITÍGIOS COLETIVOS .....	33
2.1 Proposta para um conceito sociologicamente orientado de direitos transindividuais .....	33
2.2 Conceito de sociedade .....	37
2.2.1 A sociedade como estrutura .....	40
2.2.2 A sociedade como solidariedade .....	43
2.2.3 A sociedade como criação .....	46
2.3 Concepções coletivistas e individualistas de atribuição dos direitos transindividuais .....	50
2.4 Titularidade dos direitos transindividuais e o dogma da indivisibilidade.....	58
2.5 A conflituosidade .....	66
2.6 Um novo conceito de direitos transindividuais.....	72

2.6.1 Premissas para uma nova conceituação: dos direitos aos litígios transindividuais .....	74
2.6.2 A incerteza e os litígios transindividuais .....	77
2.6.3 Litígios transindividuais de difusão global .....	78
2.6.4 Litígios transindividuais de difusão local .....	83
2.6.5 Litígios transindividuais de difusão irradiada .....	88
2.7 Conclusão parcial .....	98
2.7.1 O fim dos direitos individuais homogêneos como categoria autônoma ..	100
2.7.2 Alguns efeitos esperados da reconceituação .....	113
CAPÍTULO 3 - DEVIDO PROCESSO LEGAL: PARTICIPAÇÃO E REPRESENTAÇÃO EM AÇÕES COLETIVAS .....	119
3.1 Insuficiência da análise atual acerca do devido processo legal coletivo .....	119
3.2 O devido processo legal coletivo na doutrina brasileira .....	123
3.3 Histórico da cláusula do devido processo legal até o início do século XX.....	128
3.3.1 O “devido” do devido processo legal .....	134
3.3.2 O devido processo e o <i>fair hearing</i> do direito inglês .....	138
3.4. Definindo os elementos do devido processo legal: o século XX na jurisprudência norte-americana.....	141
3.5 Breve referência ao devido processo legal nos sistemas de <i>Civil Law</i> .....	151
3.6 <i>Notice and hearing</i> : a participação como núcleo do devido processo legal ..	156
3.6.1 O direito de ser ouvido .....	156
3.6.2 O direito de ser ouvido no direito brasileiro: crítica ao uso da expressão “contraditório” .....	162
3.6.3 O direito de ser cientificado do processo .....	165

3.7 Participação, ações coletivas e pan-processualismo .....	169
3.8 Para que serve a participação no processo? .....	173
3.9 Participação instrumental e participação essencial .....	184
3.10 Sobreviveria o processo sem participação? Crítica à noção de participação essencial .....	190
3.11 Sobreviveria o processo sem participação? Crítica à noção de participação instrumental .....	205
3.12 Uma nova ideia de participação processual .....	213
3.13 Processos representativos em perspectiva histórica .....	218
3.13.1 Aspectos históricos das ações coletivas na Inglaterra .....	220
3.13.2 Class actions nos Estados Unidos .....	231
3.14 Condições de possibilidade da representação processual .....	235
3.14.1 A representação política .....	241
3.14.2 A crise e o futuro da representação .....	253
3.15 Teoria geral do processo representativo .....	259
CAPÍTULO 4 -    MODELOS    PROCESSUAIS    REPRESENTATIVOS    EM PERSPECTIVA COMPARADA .....	281
4.1 Introdução .....	281
4.2 Visão geral da <i>Rule</i> 23 e de sua aplicação contemporânea .....	283
4.3 O modelo representativo nas <i>class actions</i> nos Estados Unidos .....	295
4.3.1 A delimitação da classe .....	295
4.3.2 A definição do representante .....	306
4.3.3 Representante versus advogado: conflitos de interesse .....	323
4.3.4 Representatividade adequada .....	330

4.3.4.1 A adequação da representação na jurisprudência americana.....	334
4.3.4.2 Propostas acadêmicas de critérios de adequação .....	346
4.3.4.3 Avaliação empírica da adequação .....	351
4.3.4.4 Avaliação retrospectiva da adequação em demandas futuras .....	353
4.3.5 Subclasses .....	358
4.3.6 Os ausentes .....	367
4.6.3.1 Notificação, opt-out e day in court .....	372
4.3.6.2 Fairness hearings .....	385
4.4 O modelo representativo brasileiro .....	390
4.5 Conclusão parcial.....	411
CAPÍTULO 5 - CONFLITOS E DISSENSOS EM LITÍGIOS COLETIVOS .....	415
5.1 Introdução .....	415
5.2 A origem dos conflitos .....	417
5.3 As espécies de conflitos intraclasses e seu tratamento .....	423
5.4 Conflitos intraclasses em litígios de interesse público .....	439
5.5 <i>Martin v. Wilks</i> e os conflitos intraclasses nas <i>structural injunctions</i> .....	453
5.6 Análise de um exemplo empírico de conflitos intraclasses em perspectiva comparada .....	462
5.7 Conclusão parcial: o que se pode aprender com os conflitos? .....	474
CAPÍTULO 6 - UM NOVO PROCESSO COLETIVO .....	483
6.1 Introdução .....	483
6.2 O processo dos litígios coletivos globais .....	486

6.2.1 Características do processo nos litígios coletivos globais simples .....	487
6.2.1.1 Técnicas de processamento e julgamento de litígios coletivos globais simples .....	505
6.2.2 O processo nos litígios coletivos globais complexos .....	514
6.2.2.1 O papel limitado das audiências públicas no processo coletivo.....	518
6.2.2.2 A coisa julgada nos litígios globais complexos.....	527
6.2.2.3 Outras características do processo nos litígios coletivos globais complexos .....	533
6.3 O processo nos litígios coletivos locais .....	536
6.3.1 Metodologia de identificação da vontade da comunidade em litígios locais .....	538
6.3.1.1 Pesquisas quantitativas.....	540
6.3.1.2 Pesquisas qualitativas .....	546
6.3.2 Os limites da atividade representativa nos litígios locais .....	552
6.3.3 Outras características do processo nos litígios coletivos locais .....	557
6.4 O processo nos litígios coletivos irradiados.....	561
6.4.1 O processo coletivo estrutural.....	563
6.4.2 O juiz no processo coletivo estrutural .....	575
6.4.3 A pluralização da representação nos litígios irradiados.....	584
6.4.4 A conflituosidade e a vontade da sociedade.....	591
6.4.4 Efeitos positivos periféricos da participação da sociedade no processo	600
6.4.5 Características do processo coletivo nos litígios irradiados.....	607
6.4.5.1 A insuficiência dos modelos processuais tradicionais.....	607

6.4.5.2 Policentrismo, democrática deliberativa e o modelo processual do tipo <i>town meeting</i> .....	611
6.4.5.3 A mutabilidade e o moto-perpétuo entre conhecimento e execução	616
6.4.5.4 A insuficiência da legislação projetada brasileira em relação aos litígios irradiados .....	622
6.4.5.5 Participação da sociedade: possibilidades e limites da construção de um modelo processual coletivo para os litígios irradiados.....	624
6.4.6 Como fazer um processo do tipo <i>town meeting</i> ? .....	629
6.5 Conclusão parcial.....	635
CONCLUSÃO .....	637
REFERÊNCIAS .....	641

## CAPÍTULO 1

### EXPOSIÇÃO E CONTEXTUALIZAÇÃO DO PROBLEMA E DA HIPÓTESE

#### 1.1 Problema e hipótese

O problema que esta tese pretende abordar é a relação entre o grupo titular de direitos demandados em um processo coletivo e o legitimado coletivo que é parte do processo. Independentemente da denominação que se atribua a tais direitos<sup>1</sup>, é indubitoso que eles não pertencem, pelo menos não exclusivamente, ao agente que figura na demanda coletiva, de forma que sua atuação tem impacto para além de seu próprio patrimônio jurídico.

A hipótese que se pretende investigar é a de que o legitimado coletivo, não sendo titular do direito demandado, tem responsabilidades para com os reais titulares desses direitos, que vão desde a sua identificação ao reconhecimento de suas posições na definição dos rumos da ação. Do mesmo modo, o órgão judicial que decide o processo coletivo tem responsabilidade pela regularidade da representação ao longo do processo coletivo. No contexto da hipótese formulada, a decisão legítima, em um processo coletivo, depende, mais do que de uma representação, de uma virtual presença de toda a classe atingida no processo.

#### 1.2 Histórico do problema

Entre 1977 e 1981, José Carlos Barbosa Moreira escreveu quatro artigos que estavam destinados a se tornar a certidão de nascimento dos debates do processo

---

<sup>1</sup> Coletivos, difusos, individuais homogêneos, como consta da Lei 8.069, de 1990, o Código de Defesa do Consumidor, transindividuais, metaindividuais, plurindividuais (conforme sustenta ABELHA, Marcelo. *Ação Civil Pública e meio ambiente*. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2007, p. 43) ou uma coleção de outras denominações utilizadas internacionalmente, apresentadas por GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p. 203.

coletivo brasileiro<sup>2</sup>. Barbosa Moreira lamentava a pouca utilização da ação popular, cuja lei data de 1965, e antevia o crescimento incessante de situações “em que se acham envolvidas coletividades mais ou menos amplas de pessoas”<sup>3</sup>. Embasado em doutrina italiana, o autor estabeleceu os contornos dos direitos chamados coletivos e difusos, preocupando-se sobretudo com estes, uma vez que “o interesse que se quer tutelar não é função dele [do vínculo entre os titulares], mas antes se prende a dados de fato, muitas vezes acidentais e mutáveis”<sup>4</sup>. Paralelamente, Ada Pellegrini Grinover e Waldemar Mariz de Oliveira Júnior publicaram textos com preocupações e debates similares<sup>5</sup>, atentando para o avanço da vida social, não acompanhado pelo direito. Como afirmou Waldemar Mariz de Oliveira Júnior, “trata-se, na realidade, de assunto dos mais graves e preocupantes surgidos no campo do direito”<sup>6</sup>.

A atenção dedicada ao tema por esses autores fez com que, ao longo da década de 1980, o assunto ganhasse destaque, transformando-se em tema de debates acadêmicos, seminários de pós-graduação, ciclos de palestras e projetos de lei. Tudo isso redundaria na aprovação, entre meados da década de 1980 e início da década de 1990, de um expressivo arcabouço legislativo que constitui, até hoje, a

---

<sup>2</sup> São eles: A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela dos chamados “interesses difusos”, in BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito Processual Civil*: primeira série. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1988, p. 110 a 123. O artigo referido é, originalmente, de 1977, ano da primeira edição da obra. Posteriormente, em BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito Processual Civil*: terceira série. São Paulo: Editora Saraiva, 1984, foram recolhidos três artigos: A proteção jurídica dos interesses coletivos, p. 173 a 181, escrito em 1980, A legitimação para a defesa dos “interesses difusos” no direito brasileiro, p. 183 a 192, redigido em 1981 e Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos, p. 193 a 221, datado de 1982.

<sup>3</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito Processual Civil*: primeira série, cit., p. 110.

<sup>4</sup> Idem, p. 112.

<sup>5</sup> São eles: GRINOVER, Ada Pellegrini. A tutela dos Interesses difusos. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 12, 1979 e OLIVEIRA JÚNIOR, Waldemar Mariz de. Tutela Jurisdicional dos interesses coletivos. In: *Estudos sobre o Amanhã*: ano 2000. Caderno 2. São Paulo, 1978. Ambos os textos são retomados por seus respectivos autores em GRINOVER, Ada Pellegrini, coord. *A tutela dos interesses difusos*: doutrina, jurisprudência e trabalhos forenses. São Paulo: Max Limonad, 1984.

<sup>6</sup> OLIVEIRA JÚNIOR, Waldemar Mariz de. Tutela Jurisdicional dos interesses coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, coord. *A tutela dos interesses difusos*: doutrina, jurisprudência e trabalhos forenses. São Paulo: Max Limonad, 1984, p. 9. Esta obra reúne os textos das conferências proferidas no “Seminário sobre a tutela dos interesses coletivos”, realizado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em dezembro de 1982.



base do sistema de tutela de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil<sup>7</sup>.

Passados mais de trinta anos desses debates, a tutela dos direitos de grupo é uma realidade consolidada no Brasil, seja em termos doutrinários, acadêmicos, legislativos ou jurisprudenciais. A análise do direito comparado permite considerar o Brasil como detentor de um sistema pleno de tutela coletiva<sup>8</sup>, ao mesmo tempo em que a maior parte dos cursos de graduação em direito tem uma cadeira dedicada ao processo coletivo em suas grades curriculares e os processos coletivos são realidade corriqueira em todos os níveis do sistema judiciário brasileiro.

Pode parecer pouco útil, então, retomar essas discussões embrionárias, anteriores à aprovação da Lei da Ação Civil Pública. Assim, contudo, não o é. Havia, naquele momento, uma discussão não condicionada pela norma posta, que permitiu que a doutrina travasse debates mais livres sobre como o ordenamento jurídico deveria responder à perplexidade da necessidade de tutela dos “novos direitos”. Por outro lado, à medida que o debate avançou, vislumbrando-se a possibilidade de aprovação de uma lei que desse o ansiado tratamento ao problema, simplificações se fizeram necessárias e alguns temas complexos, inicialmente abordados, foram relegados à periferia das discussões. Afinal, a polêmica já era muita e os opositores, ferrenhos. Problematizar a norma ainda não aprovada poderia significar seu abandono.

Hoje, com um sistema de processo coletivo consolidado, parece ser o momento de retomar precisamente esses pontos de desconforto, os quais estão na base de algumas dificuldades que, apesar de toda evolução, ainda não foram solucionadas, nem no campo teórico, nem na aplicação prática das demandas coletivas. Não se trata, portanto, de desconstruir o processo coletivo, mas de confiar que seu estágio

---

<sup>7</sup> É curioso notar que a Lei da Ação Civil Pública foi aprovada em 1985, a Lei 7.913, que protege os investidores no mercado financeiro, é de 1989, a lei de política nacional do meio ambiente, lei 6.938, é de 1981, com consideráveis alterações promovidas pela lei 7.804/89 e, por fim, o Código de Defesa do Consumidor é de 1990. Somando-se a isso o fato da Constituição federal ser de 1988, se verifica que os diplomas fundamentais de tutela coletiva no Brasil são da década de 1980 e, quando foram alterados posteriormente, tais alterações se fizeram no sentido de restringir a tutela coletiva.

<sup>8</sup> Cf. CAMPOS, Santiago Pereira. Los recaudos para aprobar un acuerdo, la cosa juzgada y la liquidación y ejecución de sentencia en los procesos colectivos/class actions en America. In: *I Conferencia Internacional y XXIII Jornadas Iberoamericanas de derecho procesal: procesos colectivos class actions*. Buenos Aires: International Association of Procedural Law y Instituto Iberoamericano de derecho procesal, 2012, p. 203-245.

atual de desenvolvimento permite a realização de discussões complexas e o questionamento de alguns dos dogmas fundantes desse instrumento.

#### 1.4 Insuficiência conceitual relativa aos direitos transindividuais

A primeira impressão que se tem a partir da leitura dos artigos que inauguraram os debates acerca do processo coletivo no Brasil é a sensação generalizada de perplexidade. Kazuo Watanabe demonstra bem esse sentimento<sup>9</sup>:

Devo confessar, inicialmente, que vim para a palestra de hoje com a apreensão de um jogador de xadrez que vai a uma disputa levando o equipamento sem saber se está com as peças completas.

O tema realmente reclama meditação profunda e o estudo a que procedi não me dá, ainda, a segurança de estar com os elementos completos.

O desconforto de Watanabe era compartilhado por todos naquele momento. Barbosa Moreira<sup>10</sup>, ao iniciar sua obra primeira sobre o assunto, busca distinguir um primeiro grupo de casos em que há mais de um titular ativo ou passivo da obrigação, situação para a qual o processo individual tradicional encontra soluções, de dois outros grupos, mais problemáticos. O primeiro deles é a situação em que existe uma relação jurídica base que une titulares de um determinado direito, mas o interesse de cada um deles nasce de um interesse derivado dessa relação e não propriamente de seu conteúdo. Como o direito objeto da relação é indivisível, a situação demandará solução uniforme para todos os titulares, independentemente de quem seja o demandante.

A segunda situação é a que provoca maiores desconfortos. É aquela em que não existe sequer relação jurídica base. Os titulares de um determinado direito se vinculam apenas por circunstâncias de fato “muitas vezes acidentais e mutáveis”, de modo que é impensável “a decomposição do interesse comum a tais pessoas num

---

<sup>9</sup> WATANABE, Kazuo. Tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (coord.). *A tutela dos interesses difusos: doutrina, jurisprudência e trabalhos forenses*. São Paulo: Max Limonad, 1984, p. 85.

<sup>10</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito Processual Civil*: primeira série. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1988, p. 111.

feixe de interesses individuais que se justapusessem como entidades análogas, mas distintas”. Barbosa Moreira reiterará que “o conjunto dos interessados apresenta contornos fluidos, móveis, esbatidos, a tornar impossível, ou quando menos superlativamente difícil, a individualização exata de todos os componentes”<sup>11</sup>. Em seguida, o autor afirma: “deixaremos de lado a própria questão fundamental nessa perspectiva: se se trata de posições jurídicas verdadeiramente identificáveis como *direitos* dos membros da coletividade ou de meros *interesses reflexamente protegidos*”<sup>12</sup>. Para a perspectiva de Barbosa Moreira, essa é uma questão menor, como o autor esclarece em seguida:

O problema, aliás, muito relevante em nível teórico, já o é menos ao ângulo prático: desde que se esteja persuadido – e o consenso, a tal respeito, vai-se tornando universal – da necessidade de assegurar aos titulares proteção jurisdicional eficaz, não importará tanto, basicamente, saber *a que título* se lhes há de dispensar tal proteção. Afinal de contas, inexistente princípio *a priori* segundo o qual toda situação jurídica que se candidate à tutela estatal por meio do processo deva obrigatoriamente exhibir carta de cidadania entre os *direitos*, no sentido rigoroso da palavra.

Aí está a primeira das simplificações do debate a que se aludiu anteriormente. É certo que os direitos difusos e coletivos, sobretudo os difusos, não se enquadram no sistema tradicional de classificação dos direitos, em uma estrutura relacional em que se verifique um credor, uma prestação e um devedor. Mas também é certo que, até aquele momento, ninguém havia desenvolvido outra classificação que pudesse dar conta da titularidade desses direitos. A saída encontrada por Barbosa Moreira foi afastar a discussão acerca da natureza ou titularidade desses direitos ou interesses, desde que eles tivessem tutela adequada. Se o processualista carioca considerava que a resposta a essa questão estava fora dos limites do trabalho a que se propunha naquele momento, o fato é que ela permanece sem resposta até a atualidade. Ada Pellegrini Grinover, por exemplo, considerou que essa categoria de interesses sequer poderia ser denominada de “direitos”, já que tal denominação demandaria uma total reformulação do conceito clássico de direito subjetivo<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> Idem, p. 112-113.

<sup>12</sup> Idem, p. 113.

<sup>13</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 150.

A dúvida permaneceu no debate da década de 1980<sup>14</sup>, com seu reflexo mais visível na redação do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, cujo anteprojeto foi elaborado pelo mesmo grupo de autores que protagonizavam as discussões do processo coletivo até então. Optou-se, contrariamente ao que se costuma considerar boa técnica legislativa, por conceituar os direitos “ou interesses” difusos, coletivos e individuais homogêneos e, ainda, por estabelecer conceitos abrangentes o bastante para eliminar quaisquer interpretações que sustentassem a impossibilidade de sua tutela jurídica. A preocupação do dispositivo foi caracteristicamente de natureza processual: evitar que os direitos difusos fossem vistos como meros interesses e, por essa razão, não passíveis de tutela jurisdicional<sup>15</sup>. A missão foi perfeitamente cumprida. Quando o Estado pretendeu excluir de tutela algumas espécies de direitos de grupo, se viu obrigado a fazê-lo por alteração legislativa<sup>16</sup>.

O questionamento, então, ficou sem resposta: o que são e de quem são os interesses ou direitos transindividuais? Apesar de existir uma conceituação legal, ela toma como pressuposto a necessidade de tutela desses direitos e não a definição de sua natureza. É claro que não há objeção preliminar à adoção de um conceito pragmático, ou mesmo a não se adotar conceito algum. Contudo, conforme se demonstrará, o pragmatismo fez com que determinados problemas, já identificados na década de 1980, ficassem sem solução. Um deles é a titularidade dos direitos transindividuais. O conceito legal não definiu exatamente quem são os titulares dos

---

<sup>14</sup> Waldemar Mariz de Oliveira Júnior, cit., p. 9 e ss., utiliza as locuções direitos e interesses ora de modo alternativo, ora cumulativamente, mas não esclarece se atribui sentido distinto às expressões.

<sup>15</sup> Kazuo Watanabe (In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JR, Nelson. *Código de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed, vol II. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 70), afirma: “A necessidade de estar o direito subjetivo sempre referido a um titular determinado ou ao menos determinável impediu por muito tempo que os ‘interesses’ pertinentes, a um tempo, a toda uma coletividade e a cada um dos membros dessa mesma coletividade (...) pudessem ser havidos como juridicamente passíveis de proteção. Era a estreiteza da concepção tradicional do direito subjetivo, marcada profundamente pelo liberalismo individualista, que obstava essa tutela jurídica. Com o tempo, a distinção doutrinária entre interesses simples e interesses legítimos permitiu um pequeno avanço, com a outorga de proteção da tutela jurídica a estes últimos. Hoje, com a concepção mais larga do direito subjetivo, abrangente também do que outrora se tinha como mero interesse na ótica individualista então predominante, ampliou-se o espectro da tutela jurídica e jurisdicional”.

<sup>16</sup> Trata-se da Medida Provisória 2.180-35/2001, que, sendo resultante de sucessivas reedições da Medida Provisória 1.798/1999, permanece em vigor em razão do disposto no art. 2º da Emenda Constitucional 32/2001. O texto foi incluído no parágrafo único do art. 1º da LACP a partir da Medida Provisória 1984-19/2000, em vigor a partir de 30.06.2000, dispondo que “Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados”.

direitos transindividuais. Sem essa definição, não existe referencial concreto para que se avalie a adequação da pretensão posta em juízo pelo legitimado coletivo, bem como o conteúdo da tutela jurisdicionalmente outorgada.

A doutrina costuma referir que cabe ao legitimado coletivo pleitear a tutela do direito violado. Em inúmeros casos, essa definição não é problemática. Há litígios coletivos em que a pretensão é unívoca e de fácil apreensão pelo legitimado coletivo, acarretando uma decisão fácil para o juiz. São litígios coletivos simples. Mas há outros litígios coletivos, que serão aqui denominados complexos, em que nem a pretensão, nem a tutela jurisdicional a ser prestada, podem ser definidas de modo unívoco pelos envolvidos<sup>17</sup>. Por exemplo, se um grupo de consumidores adquire um pacote de produto que deveria conter um quilograma, mas contém apenas novecentos gramas, há um litígio coletivo simples. Nessa situação, não é preciso grande esforço para definir que a pretensão do grupo lesado será a compensação pelos cem gramas faltantes. Ela assumirá, também de modo evidente, uma das três hipóteses de reparação alternativamente previstas no art. 18, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor. Por via de consequência, a definição da tutela jurisdicional a ser prestada se reveste de considerável simplicidade, variando apenas de acordo a comprovação ou não dos fatos que compõem a causa de pedir.

Muito diferente é a situação com a qual se defrontam os legitimados coletivos em casos atinentes, por exemplo, a conflitos socioambientais. Se uma coletividade é lesada pela construção de usina hidrelétrica que desloca pessoas, alaga terras de

---

<sup>17</sup> Essa distinção é inspirada no pensamento de HART, H. L. A. *O Conceito de Direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2001, p. 166. Hart demonstra, ao longo de sua obra, considerável preocupação com a diferenciação entre hipóteses jurídicas que permitem a aplicação imediata das regras e outras que exigem interpretação do juiz. Seu objetivo é demonstrar que ambas as situações convivem no ordenamento jurídico, de modo que não podem ser tratadas uniformemente. Afirma o autor: “À primeira vista, o espetáculo parece paradoxal: os tribunais estão aqui a exercer poderes criadores que estabelecem critérios os últimos, pelos quais a validade das próprias leis que lhes atribuem jurisdição como juízes deve ela própria ser testada. Como pode uma constituição atribuir autoridade para dizer o que é a constituição? Mas o paradoxo desaparece, se nos lembrarmos que embora cada regra possa ser de teor duvidoso em alguns pontos, é, na verdade, uma condição necessária de um sistema jurídico existente que nem toda a regra esteja sujeita a dúvidas em todos os pontos. A possibilidade de os tribunais disporem de autoridade em certo tempo dado para decidir estas questões de limite respeitantes aos critérios últimos de validade, depende apenas do facto de que, nesse tempo, a aplicação de tais critérios a uma vasta zona do direito, incluindo as regras que atribuem autoridade, não suscita dúvida, embora o respectivo alcance e âmbito preciso suscitem. (...) Os tribunais têm jurisdição para os resolver [os casos nebulosos] através da escolha entre as alternativas que a lei deixa em aberto, mesmo se preferirem disfarçar essa escolha apresentando-a como uma descoberta”.

comunidades tradicionais, altera o curso do rio, interfere nas relações interpessoais dos moradores, abala a dinâmica socioeconômica da região, diminui a ictiofauna, modifica o trajeto das estradas, extingue espécies animais endêmicas, impede a realização de determinadas atividades produtivas e piora as condições de saneamento, se está diante de uma miríade de pretensões coletivas que dificilmente serão unívocas ou de fácil apreensão pelo legitimado coletivo e pelo juiz<sup>18</sup>. Conforme se observa, quando se trata de litígios coletivos simples, não é problemático que o legitimado coletivo e o juiz definam a extensão e os contornos da pretensão e da tutela jurisdicional. Todavia, se a situação versar sobre um litígio coletivo complexo<sup>19</sup>, haverá possibilidade de que essa tutela se revista de múltiplas formas e nunca será claro, *ex ante*, qual, dentre as possibilidades, é a mais eficaz para a reparação ou prevenção da lesão ao bem jurídico. Também não restará claro qual a pretensão desejada pela coletividade lesada.

A pergunta que se coloca, nesse contexto, se refere à extensão da legitimidade atribuída aos entes intermediários: tal legitimidade permite que eles definam, livremente, a extensão e a modalidade de tutela jurisdicional a ser pleiteada em relação ao conflito coletivo? É possível se pressupor que, concedida a tutela jurisdicional demandada, será atendido, de modo automático, o interesse da coletividade? Se as formas de tutelar esses direitos e de solucionar os conflitos coletivos complexos são, não raramente, equívocas entre os próprios legitimados coletivos<sup>20</sup>, com muito mais razão o serão entre os membros do grupo titular do

---

<sup>18</sup> Também percebeu essa característica, embora sem fazer a distinção aqui explicitada, MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 80. A análise de sua posição será retomada adiante.

<sup>19</sup> A terminologia dialoga com a utilizada nos Estados Unidos, embora tenha um sentido diferente. Naquele país, as *class actions* estão inseridas no gênero *complex litigation*. Curiosamente, contudo, o significado dessa expressão não é unívoco no seu país de origem, tendo, como dizem Tidmarsh e Trangsrud, um caráter de “I-know-it-when-I-see-it”. Em linhas gerais, a sob a designação de complex litigation estão os litígios que demandam do Judiciário atuação para além do que dele se espera em um processo comum, independentemente da natureza do direito material subjacente. São exemplos dessa modalidade os casos de litígios antitruste de grandes dimensões, a fase de implementação de decisões de dessegregação racial ou as demandas relacionadas às lesões provocadas pela exposição ao amianto. Em outras palavras, complexos são os casos nos quais o sistema processual ordinário não funciona bem para solucionar a disputa. Ver TIDMARSH, Jay; TRANGSRUD, Roger H. *Complex litigation: problems in advanced civil procedure*. New York: Foundation Press, 2002.

<sup>20</sup> Na doutrina que estuda os efeitos do Compromisso de Ajustamento de Conduta, é comum o debate acerca da discordância entre os legitimados coletivos sobre o conteúdo do compromisso a ser celebrado. Sobre essa questão, ver, por exemplo, NERY, Ana Luiza de Andrade. *Compromisso de ajustamento de conduta: teoria e análise de casos práticos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais,

direito. Assim, se a atuação dos legitimados coletivos não for autônoma em relação aos titulares do direito, ela deveria, de algum modo, dar conta dessa pluralidade.

Esse problema existe tanto em relação aos direitos atualmente classificados como difusos e coletivos, ou genericamente, transindividuais, quanto aos direitos qualificados como individuais homogêneos. Em nenhuma dessas categorias o ordenamento jurídico brasileiro especifica requisitos para a delimitação da pretensão coletiva. Se há várias maneiras possíveis de tutelar um determinado direito de grupo e cada uma delas conta com defensores tanto entre legitimados coletivos, quanto entre pessoas não legitimadas, que fazem parte do grupo social, qual critério poderá orientar a definição da tutela jurisdicional a ser prestada? O problema se agrava em relação aos direitos transindividuais, em razão da maior extensão da coisa julgada coletiva e da indefinição da titularidade dos direitos. Waldemar Mariz de Oliveira Júnior<sup>21</sup> afirma que os direitos coletivos pertencem “ao mesmo tempo, a todos e a ninguém”. Essa frase, ainda repetida e parafraseada atualmente, faz com que esses direitos sejam mais de ninguém do que de todos, uma vez que não se reconhece aos membros da coletividade o direito de intervir na formação da pretensão coletiva relacionada aos direitos transindividuais, nem na respectiva decisão judicial. Mesmo nos direitos individuais homogêneos, hoje quase unanimemente considerados individuais por natureza, não existem deveres claros dos legitimados coletivos em relação aos titulares do direito e a intervenção individual no processo é desestimulada pela lei, que lhe atribui consequências negativas<sup>22</sup>.

### 1.5 Caracterização insuficiente dos “grupos” titulares de direitos

Uma das variáveis que merece ser analisada em relação ao primeiro problema exposto se refere à insuficiência da caracterização jurídica de “grupos” e

---

2010, p. 230 e ss. RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006, p. 206.

<sup>21</sup> OLIVEIRA JÚNIOR, Waldemar Mariz de. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, coord. *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Editora Max Limonad, 1984, p. 13.

<sup>22</sup> Cf. art. 103, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor.

“coletividades”. Conforme se afirmou, o interesse da doutrina que originou o sistema de processos coletivos, no Brasil, era eminentemente pragmático: dar tutela a direitos que, naquele momento, não a obtinham pelos instrumentos processuais vigentes. Por essa razão, não houve uma investigação mais profunda acerca de quem são os titulares dos direitos transindividuais e eles foram atribuídos, de modo recorrente, à “sociedade”, a “grupos” ou à “coletividade”.

Ocorre que esses conceitos foram sucessivamente utilizados pelos juristas de modo não técnico, sem referência ao seu significado na ciência que os estuda, que é a Sociologia. A doutrina do processo coletivo parece ter adotado, inconscientemente, o que poderia ser caracterizado como uma concepção organicista de sociedade<sup>23</sup>, na qual os indivíduos reunidos formam uma entidade nova e superior, subsistente por si mesma. Isso porque os conceitos de “grupo”, “sociedade”, “coletividade” e similares servem apenas para homogeneizar a titularidade dos direitos em litígio, postos perante o Poder Judiciário, ignorando as divergências existentes, no seio do próprio grupo, acerca da pretensão coletiva e da tutela pretendida para o direito violado. Se pressupõe que a vontade do grupo, que é personificada pelo legitimado coletivo, é uniforme.

Conforme se demonstrará, essa visão não corresponde à realidade. Em litígios coletivos complexos, há inúmeras subdivisões no grupo atingido, que se manifestam em divergências legítimas acerca da pretensão de tutela do direito lesado. A atual conceituação dos grupos, no contexto do processo coletivo, elimina as divergências que lhes são inerentes, o que faz com que, por exemplo, as minorias existentes dentro desses grupos sejam suprimidas. Esse mascaramento, que decorre da caracterização excessivamente abstrata dos titulares do direito, é visível sobretudo no caso dos direitos difusos. Como seus titulares são indeterminados e indetermináveis, é comum que se afirme, por exemplo, que o meio ambiente é “de todos”, na linha da locução utilizada pelo art. 225 da Constituição de 1988. Essa afirmação não é falsa, mas o que se pretende é problematizá-la: ainda que o meio ambiente ecologicamente equilibrado seja um direito de todos, parece indubitoso que uma comunidade ribeirinha do Xingu é mais legitimada, mais autorizada, mais

---

<sup>23</sup> A expressão é de DEL VECHIO, Giorgio. *Teoria del Estado*. Barcelona: Editorial Bosh, 1956.



relevante para opinar acerca de uma intervenção que acarrete impacto ambiental no rio do que um habitante do estado do Rio Grande do Sul.

Ainda que um direito difuso seja de todos, isso não significa que sua lesão necessariamente atinja a todos, em igual medida. Assim, um estudo mais acurado acerca da configuração dos grupos titulares dos direitos transindividuais, a partir das teorias sociológicas, poderia sustentar soluções que permitissem que os grupos atingidos fossem melhor compreendidos em sua riqueza de nuances<sup>24</sup>.

### 1.6 A coisa julgada secundum eventum litis

Outra simplificação do debate que deu origem ao processo coletivo brasileiro, procedida pela conceituação legislativa, ocorreu em relação à coisa julgada coletiva, com a criação de um mito: o de que o processo coletivo só pode beneficiar e nunca prejudicar os indivíduos.

Essa era, talvez, a simplificação essencial para permitir o nascimento do processo coletivo no Brasil. No contexto das concepções doutrinárias compartilhadas pelos juristas brasileiros na década de 1980, já não era fácil fazer prevalecer a ideia de que a introdução de um sistema de tutela de direitos transindividuais não feriria as garantias processuais constitucionais. Para contornar o problema, afirmou-se que os titulares do direito, ausentes do processo, não poderiam ser prejudicados. Ada Pellegrini Grinover<sup>25</sup> expõe essa controvérsia para, ao final, concluir expressamente:

Assim, no juízo de valor que antecedeu à escolha do legislador, verificava-se que a extensão da coisa julgada a terceiros, que não foram pessoalmente parte do contraditório, ofereceria riscos demasiados, calando fundo nas relações intersubjetivas, quando se tratasse de prejudicar direitos individuais; além disso, o esquema brasileiro da legitimação poderia suscitar

---

<sup>24</sup> Essa questão, embora não com esse viés, é trabalhada nos Estados Unidos, onde a Rule 23 das Federal Rules of Civil Procedure dispõe acerca da necessidade de se levar em consideração as subclasses que compõem a classe, que devem ser tratadas de acordo com suas singularidades. Rule 23, (c), (5): Subclasses. When appropriate, a class may be divided into subclasses that are each treated as a class under this rule.

<sup>25</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JR, Nelson. *Código de Defesa do Consumidor*. comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed, vol II. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 181.

problemas de constitucionalidade, na indiscriminada extensão subjetiva do julgado, por infringência ao contraditório. Foi por isso que o Código de Defesa do Consumidor agasalhou o regime da extensão da coisa julgada a terceiros, que não foram parte do processo, apenas para beneficiá-los.

Conforme aponta Antonio Gidi<sup>26</sup>, essa tese não é verdadeira, ainda que possa ser reconfortante para aqueles que se preocupam com a manutenção do dogma de que o processo não pode prejudicar aqueles que dele não participaram, o qual é recorrentemente relacionado com a própria legitimação das decisões judiciais. Existe potencial de prejuízo concreto a partir do julgamento da demanda coletiva, uma vez que, em regra, mesmo que a decisão não atinja direitos individuais de terceiros, o direito transindividual, objeto do processo, estará definitivamente abarcado pela coisa julgada, a não ser que, nos termos do art. 103 do CDC, a decisão de improcedência decorra de insuficiência de provas. Assim, a regra é a de que a ação civil pública julgada improcedente prejudicará, de modo definitivo, os direitos transindividuais pleiteados. Ao presumir o contrário, a doutrina brasileira foi presa do mesmo engano que atingiu o juiz Story, ainda no século XIX, ao afirmar que as *class actions* deveriam resolver os litígios entre as partes presentes no processo, mas sem perturbar os direitos ou lesar os interesses dos ausentes<sup>27</sup>. Esse é um ideal impossível, quando a parte processual é mera portadora de direitos de pessoas que estão ausentes do processo.

Em relação aos direitos transindividuais, o problema fica oculto pela indefinição da titularidade. Se esses direitos são de todos, mas, ao mesmo tempo, de ninguém, ninguém pode se dizer lesado em seu patrimônio jurídico pelo resultado de uma ação da qual não participou, mesmo que a coisa julgada coletiva, em matéria de direitos transindividuais, inviabilize, como, de fato, inviabiliza, a tutela específica do

<sup>26</sup> GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Editora Saraiva, 1995, p. 126.

<sup>27</sup> Nas palavras de Story: "Thus, we see, that by the general rule, the parties, although numerous, are still ordinarily required to be brought before the court; that there is an exception allowed, founded on the mere fact of numerosness, when it may amount to a great practical inconvenience or positive obstruction of justice; and again, that qualifications are introduced, which limit the effect of the exception to cases within the general mischiefs, which it was intended to remedy. In all cases governed by the exception, it seems proper to allege in the bill, unless it is otherwise apparent upon its face, that the parties are too numerous to make it practicable, even if known, to prosecute the suit, if all are made parties.

In truth, the same general principle pervades the whole course of equity proceedings, in all these apparently irreconcilable or anomalous cases. It has been well observed, that the general rule, being established for the convenient administration of justice, ought not to be adhered to in cases, in which, consistently with practical convenience, it is incapable of application; for then it would destroy the very

direito individual que com ela se relacione. Assim, por exemplo, se uma ação coletiva contra a poluição do ar causada por uma determinada indústria é julgada improcedente no mérito, o direito individual de um vizinho dessa indústria a respirar ar de qualidade estará definitivamente prejudicado, pelo menos sob o prisma da tutela específica. Restará a esse vizinho pleitear, no máximo, indenização pelos danos causados à sua saúde em razão da poluição, mas ele não poderá pleitear a tutela específica de remoção do ilícito, já que o caráter ilícito da conduta teria sido afastado no âmbito coletivo<sup>28</sup>.

Em relação aos direitos individuais homogêneos, o problema fica oculto pela maior restrição ao transporte da coisa julgada para o plano individual, disposta no CDC<sup>29</sup>. A literalidade do texto denotaria que apenas a decisão de procedência seria transportada para o plano individual. Protegido dos efeitos da improcedência, o indivíduo estaria livre de prejuízos. Todavia, tanto em relação aos direitos individuais homogêneos, quanto em relação aos transindividuais, há possibilidade de que a coletividade seja prejudicada pela coisa julgada decorrente da sentença de procedência dos pedidos da ação. Basta que tais pedidos tenham sido formulados em desacordo com suas reais pretensões. A teoria original do processo coletivo no Brasil pressupõe que o risco para os indivíduos não participantes do processo coletivo se encontrava apenas na extensão, para além das partes processuais, da decisão de improcedência dos pedidos na ação coletiva. Contra esse risco foram estabelecidas as restrições do art. 103 do CDC. A decisão de procedência, pensava a doutrina, será benéfica aos direitos transindividuais e individuais homogêneos, logo, não demanda restrições, incidindo plenamente sobre a questão posta em juízo.

A realidade, mais uma vez, se mostrou mais rica que a teoria. A hipótese que se pretende explorar é a de que a sentença de procedência pode prejudicar os direitos da coletividade, pois exclui outras possibilidades de resolução daquele mesmo

---

<sup>28</sup> É esse aspecto que escapou a Ada Pellegrini Grinover, em trabalho seminal sobre a matéria, ainda na década de 1980. Tratando da indivisibilidade do meio ambiente, a autora afirma que ele é sempre indivisível, de modo que “a satisfação de um dos titulares importaria necessariamente na satisfação de todo o grupo”, mas sem prejuízo da indenização pelos prejuízos individualmente sofridos. Assim, o direito individual decorrente de lesão ambiental fica restrito à tutela compensatória, sendo inviabilizada a tutela específica, o direito de, efetivamente, ter acesso a um meio ambiente saudável. GRINOVER, Ada Pellegrini. As garantias constitucionais do processo nas ações coletivas. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, n. 82, 1987, p. 180-197. A citação está na p. 188. A autora, todavia, não deu sequência a esse pensamento em suas obras posteriores.

<sup>29</sup> Cf. art. 103, § 2º.

litígio, que poderiam ser demandadas. O pleito de tutela contido na petição inicial de uma ação coletiva relativa a litígios coletivos complexos necessariamente adota um ponto de vista em relação ao conflito, excluindo os demais, que com ele são contraditórios. Se o grupo substituído é plural, a adoção desse ponto de vista privilegia uma parte dele e exclui as demais. Uma vez proferida a sentença, aquela tutela demandada será acobertada pelo manto da coisa julgada, afastando, assim, todas as demais possibilidades, relacionadas com a mesma causa de pedir. Em relação aos direitos individuais homogêneos, ainda que se adote uma visão liberal do art. 103, III, do CDC, para afirmar que o indivíduo poderia buscar tutela diversa da obtida no processo coletivo – o que não seria incontroverso, uma vez que o teor do dispositivo afirma a eficácia *erga omnes* da sentença de procedência – haverá perda de tempo, a qual, em se tratando de relações consumeristas, sujeitas a exíguos prazos prescricionais, poderá redundar em extinção das pretensões individuais<sup>30</sup>.

Tome-se o exemplo dado por Barbosa Moreira, ainda na década de 1980: ação popular ajuizada com o objetivo de determinar a Companhia Rio-grandense de Saneamento a pôr em funcionamento “dentro de certo prazo”, instalações destinadas ao tratamento de esgotos sanitários<sup>31</sup>. A ação referida pelo autor ainda não havia sido julgada por ocasião da elaboração do artigo, mas, mesmo que se imagine o melhor resultado possível, ainda se poderá contra-argumentar que houve prejuízos para a coletividade em razão da sentença de procedência. Primeiramente, se a decisão determina a implementação do sistema de tratamento de esgotos “em certo prazo”, isso impede que qualquer outro legitimado coletivo pleiteie a instalação da mesma tecnologia em prazo menor. A coletividade estará à mercê do prazo que aquele primeiro julgador considerou razoável para o cumprimento da decisão, algo

---

<sup>30</sup> Ainda que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça venha se inclinando no sentido de que o ajuizamento de ação coletiva interrompe a prescrição das pretensões individuais, a tese não é pacífica e considera que, nos termos do Código Civil, o prazo volta a correr, pela metade, após ser interrompido. Considerando o tempo de tramitação dos processos civil, atualmente, no país, mesmo esse entendimento poderia redundar, concretamente, em prescrição. Ver, do Superior Tribunal de Justiça AgRg no REsp 1175018/RS, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, julgado em 03/06/2014 e AgRg no REsp 1267246/RS, Rel. Ministro Og Fernandes, julgado em 22/10/2013. Na doutrina, ARENHART, Sérgio Cruz. *O regime da prescrição em ações coletivas*. Disponível em <[https://www.academia.edu/219170/O\\_regime\\_da\\_prescri%C3%A7%C3%A3o\\_em\\_a%C3%A7%C3%B5es\\_coletivas](https://www.academia.edu/219170/O_regime_da_prescri%C3%A7%C3%A3o_em_a%C3%A7%C3%B5es_coletivas)>. Acesso em 19.12.14.

<sup>31</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito Processual Civil*: terceira série. São Paulo: Editora Saraiva, 1984, p. 190.

bastante subjetivo. Nesse meio tempo, deverá suportar o dano de continuar convivendo com o esgoto sem tratamento.

Outra questão se refere à forma de prestar a tutela à pretensão de “implementar tratamento de esgotos”. Ao contrário do que possa parecer ao jurista, a simples determinação de que uma companhia de saneamento efetue o tratamento de esgotos está longe de garantir que o resultado final pretendido, que é a proteção do meio ambiente do corpo hídrico receptor dos dejetos, seja alcançado. Isso porque existem inúmeras técnicas para realizar tal tratamento, com relações de custo-benefício variáveis, de acordo com as peculiaridades locais <sup>32</sup>. Assim, a determinação de que seja implantado um tipo de tratamento de esgotos pode não ser apta a alcançar o resultado pretendido e, uma vez acobertada pela coisa julgada, prejudicar definitivamente os direitos da coletividade, já que aquele será o tipo de tratamento efetivamente instalado. Outra demanda, com a mesma causa de pedir e o mesmo pedido, restaria provavelmente obstada ou, pelo menos, sujeita a uma complexa discussão quanto aos limites da coisa julgada anterior.

Outros exemplos como esse, mas em casos efetivamente enfrentados pelo sistema brasileiro de tutela coletiva, serão avaliados a seu tempo. É preciso deixar claro, por enquanto, que não se desconhece que é melhor ter uma decisão judicial que determine a tutela de um direito transindividual, do que simplesmente se manter o *status quo ante*, tal como ocorria quando não havia possibilidade de se submeter esses direitos à apreciação judicial. A hipótese que se pretende analisar é a de que isso não significa que a ação coletiva, quando julgada procedente, jamais provocará prejuízos à coletividade, tendo em vista que a tutela por ela determinada, com status de imutabilidade, pode não ser a mais adequada ao caso concreto.

Essa constatação de que a sentença de procedência pode acarretar lesões aos direitos da coletividade, em razão do caráter equívoco do direito material subjacente à pretensão, reforça a necessidade de se aprofundar a pesquisa acerca da garantia do devido processo legal coletivo, que é o foco principal desta pesquisa.

---

<sup>32</sup> Ver sobre essa questão: NASCIMENTO, Mônica de Souza e FERREIRA, Osmar Mendes. *Tratamento de esgoto urbano: comparação de custos e avaliação da eficiência*. Disponível em <<http://www.pucgoias.edu.br/ucg/prope/cpgss/ArquivosUpload/36/file/Continua/TRATAMENTO%20DE%20ESGOTO%20URBANO%20-%20COMPARA%C3%87%C3%83%20DE%20CUSTOS%20E%20AVALIA%C3%87%C3%83O%20DA%20EFICI%C3%84NCIA.pdf>> Acesso em 03/10/2013.

### **1.7 A questão da “adaptação” do processo civil**

A última consideração a fazer já não se refere às simplificações conceituais estruturantes do processo coletivo brasileiro, mas a um de seus pressupostos. Desde a primeira página do primeiro artigo de Barbosa Moreira, em 1977, a doutrina trabalhou a partir da necessidade de se fazer “um trabalho de adaptação”<sup>33</sup> do processo civil individual para permitir a tutela dos direitos de grupo.

Conforme se pretende demonstrar ao longo desta tese, quando se trata de buscar tutela jurisdicional adequada para os litígios coletivos complexos, o trabalho de adaptação é insuficiente. As categorias processuais atualmente desenvolvidas, mesmo que adaptadas, não fornecem boas soluções para que se atinja esse objetivo. Por essa razão, é necessário delinear um esquema totalmente novo para lidar com esses litígios. Esse será o objetivo final da pesquisa, sem prejuízo da análise de institutos que permitam a melhoria do sistema atualmente vigente.

### **1.8 Síntese das indagações: a necessidade de elaboração do conceito de devido processo legal coletivo**

As questões expostas nos tópicos anteriores podem ser sumarizadas da seguinte forma:

- 1- De quem são os direitos transindividuais? Eles podem ser atribuídos, em alguma medida, aos indivíduos?
- 2- Como devem ser entendidos os “grupos” ou “coletividades” reputadas como titulares dos direitos transindividuais? Que referências sociológicas podem auxiliar em uma conceituação que melhor apreenda as nuances da formação

---

<sup>33</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito Processual Civil*: primeira série. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1988, p. 110.

desses grupos, permitindo que se evite a supressão dos subgrupos e das minorias existentes dentro dos grupos?

- 3- Os indivíduos podem, de algum modo, participar na formação da pretensão coletiva e da tutela que será prestada ao direito transindividual ou individual tutelado coletivamente?
- 4- Como devem ser resolvidas eventuais divergências entre os legitimados coletivos e entre os membros da coletividade, acerca dos limites da pretensão e dos contornos da tutela coletiva? Qual o limite de liberdade do legitimado coletivo e como a coletividade pode exercer o controle sobre a sua atuação?
- 5- A coisa julgada, mesmo em situação de procedência do pedido, pode causar lesão aos interesses da coletividade? Como esse problema pode ser abordado?
- 6- Há necessidade de algo mais que adaptação dos esquemas do processo civil para permitir a adequada tutela dos direitos subjacentes a litígios coletivos complexos? Como se delinearía esse novo sistema?

Subjaz a todas as questões a necessidade de se elaborar um conceito de devido processo legal coletivo. Tratando do tema, Rodolfo de Camargo Mancuso afirma que há certa resistência ou desconfiança em relação ao processo coletivo, destacando três tópicos: a efetiva representatividade do autor ideológico, a projeção extra-autos da coisa julgada e, a situação dos indivíduos em relação ao interesse judicializado, em razão da possibilidade de neles repercutir, de algum modo, o julgado coletivo<sup>34</sup>. São questões, como se observa, bastante relacionadas com as que aqui se pretende desenvolver.

Mancuso, todavia, entende que esses temores poderiam ser superados com a melhor compreensão da cláusula do devido processo legal no processo coletivo. Afirma que “fica impraticável a aplicação ortodoxa e radical do contraditório e ampla defesa” no contexto do processo coletivo, em razão da “óbvia” impossibilidade de que todos os sujeitos concernentes ao conflito estejam presentes no processo. Por

---

<sup>34</sup> MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 269.

essa razão, “é de se aceitar que eles de algum modo participam da lide coletiva, na medida em que estejam adequadamente representados”<sup>35</sup>.

A conclusão advém, portanto, de uma consideração pragmática: como o processo coletivo que atualmente vigora não conseguiu construir mecanismos para a participação efetiva da comunidade lesada, “é de se aceitar” que ela participa por ser representada. Não se trata de uma nova compreensão do devido processo legal, mas de sua restrição, pura e simplesmente. E a experiência de direito comparado invocada para legitimá-la é sempre a norte-americana. Todavia, como se pretende demonstrar, o modo como os Estados Unidos processam tais demandas é completamente diferente do brasileiro, de forma que a referência àquele país pouco sustenta a afirmação de que a não participação das pessoas “concernentes ao conflito”, na expressão de Mancuso, não viola o devido processo legal, mesmo que retrabalhado à luz de uma visão coletiva.

Para se avançar na proposta de Antonio Gidi<sup>36</sup>, segundo a qual o direito de ser citado, ser ouvido e se defender em juízo, no processo coletivo, se exerce por intermédio de um representante, é preciso escrutinar como se dá a relação desse representante com a coletividade representada, relação esta que será o ponto fulcral do presente estudo. O devido processo legal coletivo não pode significar apenas a exclusão do grupo representado da lide, por medida de conveniência do processo. Nesses termos, o objetivo principal do estudo é escrutinar o esquema representativo que pode ser extraído a partir do microssistema processual de tutela coletiva, expondo suas fraquezas e contribuindo para o seu aprimoramento.

---

<sup>35</sup> Idem, p. 275.

<sup>36</sup> GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. In: *Revista de Processo*, n. 108, out-dez de 2002, p. 61-70.



## CAPÍTULO 2

### UMA NOVA TIPOLOGIA DOS LITÍGIOS COLETIVOS

#### 2.1 Proposta para um conceito sociologicamente orientado de direitos transindividuais

No Brasil, as discussões originárias acerca da titularidade dos direitos de grupo, transindividuais, metaindividuais, ou como quer que se prefira denominá-los, foi abandonada, ainda que fosse originalmente reputada relevante, em favor de uma abordagem pragmática, que garantisse tutela a esses direitos, independentemente da exata delimitação de seu conceito. Aceitou-se que os direitos são de todos, da sociedade ou do grupo, sem que se tenha percebido que tais categorias demandam uma explicação quanto a sua abrangência. É preciso definir quem são todos, o que se entende por grupo ou por sociedade. A tautologia fundante da tutela coletiva brasileira é a de que os direitos transindividuais são de todos e, ao mesmo tempo, de ninguém.

Em 1988, pela primeira vez, uma Constituição brasileira afirmou a existência de direitos coletivos. O Capítulo I do Título II da Constituição foi denominado “Dos direitos individuais e coletivos”. O segmento equivalente na Constituição de 1967 se intitulava “Dos direitos e garantias individuais” (Capítulo IV do Título II), mesma denominação utilizada pela Constituição de 1946 (Capítulo II do Título IV). A doutrina viu nisso uma grande revolução. Basta citar, por todos, Gregório Assagra de Almeida, que sustenta que essa denominação constitucional expressa uma nova *summa divisio* no direito brasileiro, substituindo a tradicional classificação dos direitos em públicos ou privados por individuais ou coletivos<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo: superação da summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 22-57. No mesmo sentido, também do autor, *O Ministério Público no neoconstitucionalismo: perfil constitucional e alguns fatores de ampliação de sua legitimação social*. Disponível em <<http://www.unifafibe.com.br/revistasonline/arquivos/revistajuridicafafibe/sumario/5/14042010170607.pdf>>. Acesso em 6.3.14. O autor afirma textualmente que a *summa divisio* entre direito público e direito privado não foi recepcionada pela Constituição.

É verdade, todavia, que o próprio Constituinte não deixou no texto muitas pistas sobre o que estava chamando de “direitos coletivos”. No Capítulo I do Título II, a palavra coletivo, ou alguma derivação, somente é utilizada em mais três oportunidades, nenhuma delas para atribuir a um determinado direito a condição de coletivo. Nenhum dos direitos elencados nesse capítulo é expressamente caracterizado como coletivo, do mesmo modo que nenhum deles é caracterizado expressamente como individual. A Constituição garante, por exemplo, a liberdade, a igualdade e a segurança, sem as definir como liberdade individual ou liberdade coletiva, igualdade individual ou igualdade coletiva, segurança individual ou segurança coletiva<sup>2</sup>. Na sequência do texto constitucional, há muitas referências a direitos coletivos nos dispositivos que tratam da questão trabalhista, reflexo da tradição dessa matéria, em que o tratamento coletivo das questões é debatido desde a edição da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), senão mesmo antes<sup>3</sup>. Todavia, fora da esfera trabalhista, a Constituição só voltará a fazer referência a interesses (não mais direitos) coletivos, no art. 129, ao afirmar como função institucional do Ministério Público a promoção do “inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.

Essa é, de fato, a única pista deixada na Constituição sobre o que seriam os “direitos coletivos”, que batizaram o Capítulo I do Título II, e isso supondo que o uso equívoco das expressões “direitos” e “interesses” seja irrelevante. Esse uso equívoco foi consagrado pelo Código de Defesa do Consumidor, dois anos depois, com a intenção confessa de seus autores<sup>4</sup>, de evitar que direitos pudessem ficar

---

<sup>2</sup> Essa dúvida tem efeitos mais significativos do que possa parecer em um primeiro momento. Fernando Facury Scaff, por exemplo, sustenta que a solução para a questão da intensa litigiosidade do direito à saúde, que atinge os tribunais brasileiros nos últimos tempos, com as demandas individuais por medicamentos e tratamento médico, é a se perceber que a Constituição garante o direito à saúde não como direito individual, mas como direito coletivo, de modo que sua fruição apenas é dada ao cidadão em igualdade de condições com todos os demais. Ver NUNES, Antônio José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. *Os tribunais e o direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

<sup>3</sup> Para uma interessante e alternativa história do direito do trabalho, ver RAMOS FILHO, Wilson. *Direito Capitalista do Trabalho*. São Paulo: Editora LTR, 2012.

<sup>4</sup> Kazuo Watanabe, In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JR, Nelson. *Código de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed, vol II. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 70: “Os termos ‘interesses’ e ‘direitos’ foram utilizados como sinônimos, certo é que, a partir do momento em que passam a ser amparados pelo direito, os ‘interesses’ assumem o

sem tutela em razão do debate acerca de sua natureza. Fosse qual fosse a relevância da questão<sup>5</sup>, seja em âmbito teórico ou prático, o CDC a eliminou e, desde então, a doutrina que se dedica ao tema apenas ressalta que não há diferença entre direitos e interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Ainda que pudesse ser relevante na Itália, país que exerce considerável influência sobre os estudiosos do processo civil brasileiro, essa é uma distinção que nasceu irrelevante no Brasil<sup>6</sup>.

A questão da titularidade dos direitos coletivos passa a ser vista, com o CDC, como um entrave ligado à “estreiteza da concepção tradicional do direito subjetivo, marcada profundamente pelo liberalismo individualista”<sup>7</sup>. Esse argumento generalizou concepções tautológicas, do tipo das que afirmam que os direitos de

---

mesmo status de ‘direitos’ desaparecendo qualquer razão prática, e mesmo teórica, para a busca de uma diferenciação ontológica entre eles”.

<sup>5</sup> Barbosa Moreira, como mencionado, a havia considerado relevante no plano teórico, embora não tanto na prática. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito Processual Civil*: primeira série. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1988, p. 111.

<sup>6</sup> Essa discussão, que se encontra em quase todas as obras de processo coletivo no Brasil, parece decorrer da grande – talvez excessiva – influência exercida pela doutrina italiana sobre a doutrina processual brasileira. Essa influência é difícil de ser explicada por outra razão que não a afinidade pessoal entre os processualistas brasileiros e os italianos. O sistema de processo coletivo italiano não é, nem remotamente, exemplo a se seguir para o processo brasileiro, bastando para tanto recordar que, até o presente, a Itália não tem um sistema compreensivo e abrangente de tutela coletiva. Ver e.g., PRINCIPE, Giulia. *Italian class actions: an update*. Disponível em <<http://globalclassactions.stanford.edu/>>. Acesso em 10.3.14. Mais lógico teria sido que o apoio da doutrina brasileira se desse no pensamento norte-americano, o qual, ainda que afastado pelas diferenças da Common Law, editou a primeira versão da Rule 23 das Federal Rules of Civil Procedure em 1938, seguindo-se intensa produção acadêmica a partir de então.

Também cabe notar que, atualmente, a distinção entre direitos subjetivos e interesses legítimos perdeu relevância mesmo na Itália. Até 1999, apenas aquelas pretensões ajuizadas em desfavor da administração pública que fossem classificadas como direitos subjetivos eram passíveis de condenação ressarcitória em favor do cidadão. Após a sentença 500/1999, da Corte de Cassação, a ação ressarcitória passou a ser admissível inclusive em razão da lesão a interesses legítimos. A Legge 21 luglio 2000, n. 205 reformou o art. 35 do decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80 e revogou o art. 13 da legge 19 febbraio 1992, n. 142, positivando o entendimento da Corte e assegurando que a jurisdição administrativa tivesse competência também para tratar das pretensões ressarcitórias. Para uma reconstrução histórica do problema (ainda que anterior à sentença 500/1999, ver IRELLI, Vincenzo Cerulli. *Corso di diritto amministrativo*. Torino: Giappichelli Editore, 1997).

Por fim, cabe observar que esse tipo de distinção entre direitos e outras categorias é recorrente em diversos sistemas jurídicos no mundo, tendo sido superada na maioria deles. Nos Estados Unidos, por exemplo, havia a diferenciação entre *rights* e *privileges*, já afastada tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência. Ver. VAN ALSTYNE, William W. The Demise of the Right-Privilege Distinction in Constitutional Law. In: *Harvard Law Review*, vol. 81, 1968, p. 1439-1464; VAN ALSTYNE, William W. Cracks in “The New Property”: Adjudicative Due Process in the Administrative State. In: *Cornell Law Review*, vol. 62, 1977, p. 445-493.

<sup>7</sup> Kazuo Watanabe, In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JR, Nelson. *Código de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed, vol II. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 70.

grupo são os pertencentes “a um só tempo, a toda uma coletividade e a cada um dos membros dessa coletividade”<sup>8</sup> o que, conforme se percebe, é uma paráfrase do conceito de Waldemar Mariz de Oliveira Júnior, expresso ainda em 1984. Mesmo mais recentemente, autores que escreveram especificamente na tentativa de definir a titularidade desses direitos, não lograram êxito em avançar mais do que se fez na década de 1980<sup>9</sup>.

A doutrina jurídica, se valeu, ao longo de seu desenvolvimento, das expressões “grupo”, “coletividade”, “classe” e “sociedade”, na tentativa de explicar a titularidade dos direitos transindividuais, sem, entretanto, conceituar esses termos<sup>10</sup>. Alguns os definiram a partir de seu significado ordinário em língua portuguesa<sup>11</sup>. Essa não parece ser uma opção correta. É certo que o exercício de conceituação formal dos direitos transindividuais e de sua titularidade não é essencial para a estruturação de um sistema que pretenda tutelá-los, como demonstra a experiência norte-americana após 1966<sup>12</sup>. Entretanto, caso se opte por fazê-lo, utilizando expressões que provêm de outra ciência, a Sociologia, é preciso recorrer ao sentido científico dessas expressões, e não ao dicionário.

Assim, a primeira tarefa a que se propõe a presente tese é a reconstrução do conceito de direitos transindividuais, com ênfase em sua titularidade, a partir de um marco teórico sociológico. O objetivo dessa proposta não é apenas obter um conceito mais acurado, mas extrair da conceituação consequências específicas para

---

<sup>8</sup> Idem, ibidem.

<sup>9</sup> É o caso de Richard Pae Kim, que escreveu um artigo especificamente voltado à tentativa de esclarecer a titularidade dos direitos difusos e coletivos. Após discutir a questão, o autor chega à conclusão de sua irrelevância, afirmando que “a existência de técnicas processuais de tutela dos direitos sociais torna desnecessária a própria discussão acerca da ideia de titularidade destes direitos”, concluindo, de modo pouco decisivo, que esses direitos seriam da sociedade, dos cidadãos ou de uma coletividade. PAE KIM, Richard. Titularidade dos direitos fundamentais difusos e coletivos. In: PAE KIM, Richard; BARROS, Sérgio Resende de; KOSAKA, Fausto Kozo Matsumoto. *Direitos fundamentais coletivos e difusos: questões sobre a fundamentalidade*. São Paulo: editora Verbatim, 2012, p. 11 a 24.

<sup>10</sup> É o caso, por exemplo, de MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada: teoria geral das ações coletivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 85.

<sup>11</sup> Assim o faz MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 157, que ao conceituar coletividade, vale-se do Dicionário Eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa. MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 31 se vale do Dicionário Aurélio para conceituar o termo “social”.

<sup>12</sup> Em 1966, a *Rule 23 das Federal Rules of Civil Procedure* foi alterada para excluir a conceituação dos direitos tuteláveis

a discussão que se seguirá, especialmente para delimitar as prerrogativas desse titular do direito, seja ele quem for, no curso do processo coletivo.

## 2.2 Conceito de sociedade

O primeiro problema com o qual se defrontará o jurista que pretenda atribuir à “sociedade” a titularidade dos direitos transindividuais é o de que os próprios sociólogos, após séculos de debate, ainda não a conseguiram definir<sup>13</sup>. Conforme anota Raymond Boudon<sup>14</sup>, as tradições sociológicas, tanto clássicas quanto contemporâneas, são múltiplas e variadas, procurando explicar a sociedade sob pontos de vista bastante diferentes. O autor reporta que todas as tentativas de unificar a Sociologia sob uma única perspectiva podem ser consideradas falhas. Fica claro, assim, que qualquer jurista que pretenda atribuir à “sociedade” a titularidade de direitos deverá esclarecer qual, entre as múltiplas versões desse conceito, adota para tanto.

O conceito de sociedade é, na expressão de Bauman<sup>15</sup>, performativo, pois cria a entidade que nomeia. Cada sociólogo, ao longo dos mais de duzentos anos com os quais conta a disciplina, criou sua própria sociedade. O nascimento da Sociologia enquanto ciência é atribuído a Auguste Comte, que cunhou o termo no contexto do surgimento do positivismo científico, focando sua investigação na busca de leis que regeriam o fenômeno social, permitindo o desenvolvimento da ordem<sup>16</sup>. Comte rejeita a concepção contratualista da sociedade, afirmando a inexistência do homem e sustentando a importância apenas da humanidade, uma vez que o

---

<sup>13</sup> Ver, nesse sentido, ELLIOTT, Anthony; TURNER, Bryan. *On society*. Cambridge: Polity Press, 2012.

<sup>14</sup> BOUDON, Raymond (coord.). *Tratado de Sociologia*. Tradução de Teresa Curvelo. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1995.

<sup>15</sup> BAUMAN, Zygmunt. Between us, the generations. In: LAROSSA, Jorge (org.). *On generations: on the coexistence between generations*. Barcelona: Fundació Viure i Conviure, 2007, pp. 365-376.

<sup>16</sup> QUINTANEIRO, Tania; BARBOSA, Maria Lígia de Oliveira; OLIVEIRA, Márcia Gardênia de. *Um toque de clássicos: Marx, Durkheim e Weber*. 2. ed., rev. amp. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002, p. 19.

desenvolvimento do indivíduo depende da sociedade<sup>17</sup>. A sociedade transcende, portanto, em larga medida, a simples agregação de pessoas, sendo uma realidade independente delas<sup>18</sup>. Assim como Comte, Durkheim separa os fatos sociais dos indivíduos, em busca do caráter positivo da ciência social. Apenas um fato social, objetivamente considerado, pode explicar outro fato social, não as inclinações do indivíduo<sup>19</sup>.

Entretanto, essas teorias que consideram a sociedade ou o grupo como algo diferenciado de seus indivíduos não representam a totalidade do pensamento sociológico clássico sobre o tema. Ainda no século XIX, autores como Gabriel Tarde propuseram concepções da sociedade mais atentas ao papel do indivíduo. Tarde afirma: “o que é a sociedade? Poderíamos defini-la de nosso ponto de vista: a posseção recíproca, sob formas extremamente variadas, de todos por cada um”<sup>20</sup>. Para o autor francês, qualquer associação é uma sociedade, qualquer fenômeno ou fato social praticado por uma de bilhões de pessoas, essencialmente egoístas e essencialmente diferentes<sup>21</sup>. Elementos singulares (mônadas, na expressão de Tarde) se ligam a outros elementos singulares para formar uma sociedade<sup>22</sup>. O principal erro de Durkheim, para Tarde, é não perceber que a sociedade não é a causa, mas a consequência dos atos das pessoas que as compõem, sendo

<sup>17</sup> COMTE, Auguste. Discurso preliminar sobre o conjunto do positivismo. In: COMTE, Auguste. *Comte*. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

<sup>18</sup> BARNES, Harry Elmer; BECKER, Howard. *Historia del Pensamiento Social*. Vol II. Tradición de Tomás Muñoz Molina. Ciudad de Mexico: Fondo de Cultura Económica: 1960, p. 38.

<sup>19</sup> BARNES, op. Cit., p. 43.

<sup>20</sup> TARDE, Gabriel. *Monadologia e Sociologia*. Petrópolis: Vozes, 2003, p. 112.

<sup>21</sup> Cf. DEBIASE, Didier. The Dynamics of Possession. In: SKRIBNA, D., (ed.), *Mind that Abides: Panpsychism in the new millenium*. Amsterdam: John Benjamins, 2008.

<sup>22</sup> Explica LATOUR, Bruno. Gabriel Tarde and the End of the Social. In: JOYCE, Patrick, (ed.). *The Social in Question: New Bearings in History and the Social Sciences*. London: Routledge, 2002, p. 117-132: “In the same way as Tarde refuses to take society as a higher, more complex, order than the individual monad, he refuses to take the individual human agent as the real stuff out of which society is made: a brain, a mind, a soul, a body is itself composed of myriad's of ‘little persons’, or agencies, each of them endowed with faith and desire, and actively promoting one's total version of the world. Agency plus influence and imitation, is exactly what has been called, albeit with different words, an actor-network. The link of the two ideas is essential to understand his theory: it is because he is a reductionist—even of a strange sort—that he does not respect any border between nature and society, and because he does not stop at the border between physics, biology and sociology that he does not believe in explaining the lower levels by the higher levels. Such is the key difficulty: human societies are not specific in the sense that they would be symbolic, or made of individual, or due to the existence of a macro organization. They seem specific to us for no other reasons that, first, we see them from the inside and, second, that they are composed of few elements compared to any of the other societies we grasp only from the outside”. (citação p. 120).

incabível distinguir as leis sociais dos agentes que atuam segundo tais leis. Na concepção de Tarde, não há leis sociais que sejam distintas das mônadas que compõem a sociedade<sup>23</sup>. Marco António Antunes resume a polémica entre Tarde e Durkheim<sup>24</sup>:

No que se refere ao debate entre Tarde e Durkheim, para Durkheim a sociedade é uma unidade colectiva que submete os indivíduos através dos factos sociais. "(...) É facto social toda a maneira de fazer, fixada ou não, susceptível de exercer uma coerção exterior; ou ainda que é geral na extensão de uma sociedade dada, tendo ao mesmo tempo uma existência própria [o todo social], independentemente das suas manifestações individuais" (Durkheim, 1983:14). Logo, não podemos falar de subjectividade nem de intersubjectividade em Durkheim. Para Tarde, a realidade social advém dos indivíduos [subjectividade] e das relações intermentais entre eles [intersubjectividade]. Tarde situa-se na linha de pensamento de autores como Spencer, Quetelet e Condorcet, os quais salientam a continuidade entre o indivíduo e a sociedade (colectivo). Deste modo, os factos sociais não são coisas exteriores coercivas independentes das manifestações individuais (como Durkheim defendia), mas laços sociais formados entre os indivíduos. A sociedade constitua, assim, um conjunto de relações interpsicológicas, em que cada indivíduo exercia uma acção inventiva, imitativa e de oposição. Tarde valoriza, num primeiro grau de importância, as invenções do génio individual. Só secundariamente as invenções surgem como resultado do meio ambiente. T. N. Clark e, mais recentemente, I. Lubek distinguiram bem aquilo que torna as teses de Tarde discordantes em relação àquelas que dominavam na sua época (...). [Tarde] pertence a uma tradição que, colocando o acento na subjectividade, credita as condutas individuais de uma real espontaneidade face aos quadros institucionais e relaciona a existência de valores colectivos à iniciativa e à invenção pessoais.

Esse grande cisma da Sociologia, que, conforme demonstra Marco António Antunes, conta com sucessores e herdeiros intelectuais de ambos os lados, demonstra a impossibilidade de se atribuir a titularidade de determinados direitos à “sociedade”, sem que faça um detalhado escrutínio acerca do sentido que se atribui a tal conceito.

Nessa mesma linha de distinção, Anthony Elliott e Bryan Turner se dedicaram à elaboração de uma obra específica sobre o conceito de sociedade<sup>25</sup>. A palavra “sociedade”, conforme demonstram os autores, “não denota qualquer qualidade identificável ou definível através da história da Sociologia. Em verdade, o conceito

<sup>23</sup> Nesse sentido, DEBIASE, cit., p. 127.

<sup>24</sup> ANTUNES, Marco António. *Público, Subjectividade e intersubjectividade em Gabriel Tarde*. Disponível em <<http://www.bocc.ubi.pt/pag/antunes-marco-gabriel-tarde.html>>. Acesso em 9.4.2014.

<sup>25</sup> ELLIOTT, Anthony; TURNER, Bryan S. *On Society*. Cambridge: Polity Press, 2012. As referências a tal obra, feitas daqui por diante, se baseiam na sua versão eletrônica, de modo que a referência de páginas pode variar em relação à edição física.

há muito tem representado (e continua representando) um profundo desafio para fazer o trabalho da Sociologia inteligível”<sup>26</sup>. Sociedade, para Elliott e Turner, é um dos termos mais opacos e desconcertantes, desde a Sociologia clássica até a atualidade<sup>27</sup>, especialmente porque o mundo não é mais o mesmo de quando foram elaboradas as concepções fundantes da Sociologia, com Durkheim, Simmel, Weber e Marx. Há, inclusive, quem proponha que, em um mundo marcado pela globalização e pela revolução nas telecomunicações, não há sentido em buscar uma concepção de sociedade, uma vez que ela se referirá apenas a uma cooperação provisória, feita de arranjos e rearranjos<sup>28</sup>.

Definir sociedade, portanto, não é uma tarefa fácil, nem para o sociólogo. Trata-se de uma “categoria zumbi”, na expressão de Ulrich Beck<sup>29</sup>. Na tentativa de reconstruir o conceito, Anthony Elliott e Bryan Turner sustentam que as diversas concepções de sociedade, encontradas no pensamento de variados sociólogos, podem ser classificadas em três grupos, a saber: a) sociedade como estrutura; b) sociedade como solidariedade ou comunidades de cuidado, atenção e consenso e, c) sociedade como processo criativo ou as dimensões imaginárias da comunicação e sociabilidade<sup>30</sup>.

### 2.2.1 A sociedade como estrutura

A sociedade como estrutura é o conjunto de concepções que veem a sociedade como um discurso de ordem social, normas e estrutura, com prioridade para o conjunto em detrimento do indivíduo. É uma linha que surge ainda com a Sociologia

---

<sup>26</sup> Idem, p. 1.

<sup>27</sup> Idem, p. 2.

<sup>28</sup> Idem, p. 6. Os autores chamam atenção para o fato de que essa crítica acerca da inutilidade ou impossibilidade da elaboração de um conceito de sociedade, tão presente atualmente, pode ser encontrada em um artigo de 1912, escrito por Albion W. Small, de modo que a perplexidade acerca do conceito é bem mais antiga do que parece.

<sup>29</sup> “Zombie categories are ‘living dead’ categories which govern our thinking but are not really able to capture the contemporary milieu”. SLATER, Don; RITZER, George. Interview with Ulrich Beck. In: *Journal of Consumer Culture*, n. 1, 2001, p. 261-277. Citação p. 261.

<sup>30</sup> Op. Cit., p. 20.



clássica de Durkheim<sup>31</sup> e Marx. Na obra de Weber já é possível encontrar uma discussão mais proeminente sobre o indivíduo, na tentativa de libertar a sociedade de conceitos coletivos. Apesar disso, mesmo em Weber há constantes debates acerca do poder e da autoridade. A preeminência dessa concepção na sociologia clássica decorre do pano de fundo de violência e insegurança que cercava a Europa desde o final do século XVIII, com a revolução francesa, até o início do século XX, com as guerras mundiais. A insegurança precipita uma linha de estudos especialmente voltada para a ordem e a coesão social, um dos temas mais presentes na obra de Durkheim. Elliott e Turner assim resumem essa corrente de pensamento<sup>32</sup>:

A sociedade, ou o estado político, ou comunidade, é vista nesse grupo de referências como um elemento supra-coletivo, exercendo autoridade legislativa e fazendo pronunciamentos judiciais em nome da humanidade universal. No aspecto mais positivo, a sociedade como estrutura expressa uma inflexão realista, ancorada no contexto social e na segurança, e preocupada sobretudo com a prosperidade econômica ou a ordem social. No aspecto mais negativo, a sociedade como estrutura é conformista, utilitarista, superficial e desapaixonada. A noção de Weber de sociedade como uma jaula de ferro capta esse senso de estandarização e racionalização no seu momento mais pessimista.

Essa noção se aproxima do argumento de Rousseau, segundo o qual existe uma vontade geral que é distinta da simples agregação das vontades de todos<sup>33</sup>. Essa concepção, tão polêmica e debatida<sup>34</sup>, é refletida no pensamento jurídico corrente<sup>35</sup>, ainda que de modo inconsciente: há uma crença de que é possível entender a vontade do povo a partir da compreensão de uma vontade geral, que vai além da

<sup>31</sup> ELLIOTT, Anthony; TURNER, Bryan S., op. Cit., p. 35. Essa interpretação não é unânime entre os sociólogos. Pedro Bodê de Moraes, por exemplo, afirma que “diferentemente do que se afirma a respeito da inexistência ou desimportância do indivíduo na teoria durkheimiana, acreditamos que a noção de indivíduo é exatamente um dos principais pontos de inflexão e tensão do texto do sociólogo francês (...). MORAES, Pedro Rodolfo Bodê de. Émile Durkheim: para uma Sociologia do mundo contemporâneo. In: CODATO, Adriano Nervo (Org.). *Tecendo o presente* - oito autores para pensar o século XX. Curitiba: Sesc/PR, 2006.

<sup>32</sup> Op. Cit., p. 41.

<sup>33</sup> ROUSSEAU, Jean Jaques. *Do contrato social*. São Paulo: Martin Claret, 2000, p. 93.

<sup>34</sup> REIS, Cláudio Araújo. Vontade geral e decisão coletiva em Rousseau. *Revista Trans/Form/Ação*. Vol.33, no.2, Marília, 2010, p. 11-34. Afirma o autor (p. 12), que “Reconhecidamente, o conceito de vontade geral é ao mesmo tempo um dos conceitos mais importantes da filosofia política do Cidadão de Genebra e uma de suas ideias mais fugidias”.

<sup>35</sup> Rodolfo de Camargo Mancuso recorre a Rousseau, de modo expresso, na construção de sua diferenciação entre interesses coletivos e individuais. Ver MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 55.

soma das vontades individuais. O problema, como bem observa Cláudio Araújo Reis, é como identificar essa “voz do povo” nas decisões coletivas<sup>36</sup>.

A sociedade como estrutura tem uma forte interseção com a teoria do Estado, que é a sua manifestação mais evidente. Para que o Estado efetivamente subordine os indivíduos, é necessário que os cidadãos sejam socializados em algum tipo de identidade cultural, que permita que os conflitos egoístas possam ser superados. Suprime-se a diversidade para criar uma comunidade imaginária de iguais. O Estado, afirmam Elliott e Turner, com base em Hegel, representa formas de universalidade que não existem na sociedade civil, em virtude de sua pluralidade<sup>37</sup>. Em sentido similar, Durkheim descreve a sociedade como um todo orgânico, e não uma agregação de indivíduos, e o Estado como o responsável por prover a orientação geral da sociedade<sup>38</sup>. Os direitos individuais somente podem florescer sob a proteção da autoridade do Estado que, por isso, intrinsecamente representa os interesses dos governados<sup>39</sup>.

Em síntese, a sociedade como estrutura é uma visão compatível com o fortalecimento do Estado-nação, ao longo do século XIX. Um Estado forte é necessário para fazer frente ao desafio da urbanização moderna, que exige que pessoas estranhas convivam entre si em grandes cidades, nas quais os vínculos identitários se dissolveram quase completamente. Os direitos relativos à cidadania passam a se vincular à ideologia nacionalista, de forma que a construção da cidadania se confunde com a construção da nação<sup>40</sup>. A manifestação da sociedade como estrutura, na contemporaneidade, para Elliott e Turner, é a política norte-

---

<sup>36</sup> Op. cit., p. 12. Esse assunto ainda será retomado posteriormente. Em seu ciclo de palestras radiofônicas na década de 1950, intitulado *Freedom and Its Betrayal: Six Enemies of Human Liberty*, Isaiah Berlin incluiu Rousseau entre os traidores da liberdade, justamente por essa concepção coletivista da sociedade. As palestras foram gravadas e atualmente estão disponíveis em <[https://www.youtube.com/watch?v=IF\\_f\\_ziNH\\_I&list=PL9\\_RBbbRxxYxQZ75n\\_jtcvQ-3OXfRiy8f](https://www.youtube.com/watch?v=IF_f_ziNH_I&list=PL9_RBbbRxxYxQZ75n_jtcvQ-3OXfRiy8f)>. Acesso em 22.05.2014.

<sup>37</sup> ELLIOTT, Anthony; TURNER, Bryan S., op. Cit., p. 42.

<sup>38</sup> Idem, p. 50. Ver, de modo geral, DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. 2. ed. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1999. As características descritas no texto permitem enquadrar Durkheim na linha do chamado funcionalismo estrutural.

<sup>39</sup> GIDDENS, Anthony. *A contemporary critique of historical materialism: the Nation-State and violence*. University of California Press, 1985, p. 18: “But Durkheim goes on to suppose that the state thereby inevitably represents the interests of those it rules, save in certain exceptional and ‘pathological’ circumstances”.

<sup>40</sup> ELLIOTT, Anthony; TURNER, Bryan S., op. Cit., 60. Os autores também ressaltam que o problema da convivência entre estranhos nas cidades era importante tanto para Weber quanto para Simmel.

americana de garantia e imposição global do capitalismo e do neoliberalismo, mesmo à custa de guerras e invasões. Essa ideologia vem dando ensejo ao surgimento de normas jurídicas de exceção, que reforçam os poderes do Estado contra o cidadão, em nome da proteção da liberdade e do país. Nesse sentido, citam o *Patriotic Act* norte americano, assim como o *Anti-Social Behaviour Act* inglês. Este, de 2003, tem o objetivo de proibir determinados comportamentos considerados antissociais, nem um pouco estranhos ao contexto jurídico brasileiro, como a vadiagem, a pichação e a mendicância, facilitando o despejo de pessoas, exigindo que os pais controlem a conduta de seus filhos e autorizando a polícia a dispersar aglomerações de duas ou mais pessoas em qualquer lugar público, se sua presença “ocasiona ou pode ocasionar intimidação, alarme ou assédio à população”. A sociedade como estrutura, portanto, é a sociedade da ordem e do controle<sup>41</sup>.

### 2.2.2 A sociedade como solidariedade

O segundo viés de análise é o da sociedade como solidariedade. Aqui se encontram os autores preocupados com as ideias de comunidade e de solidariedade social, unidos pelo discurso que busca a realização de um ideal de cuidado, afeição e simpatia, capaz de criar uma comunidade de sentimento. Elliott e Turner agregam nesse grupo autores como Ferdinand Tönnies, Hegel e Habermas<sup>42</sup>, sugerindo que essa linha de pensamento ganhou força no período posterior à Segunda Guerra Mundial, com as políticas keynesianas que introduziram, no continente europeu, a ideia de que o Estado deveria arcar com provisões que permitissem o bem-estar dos cidadãos. A sociedade como solidariedade é uma “*sticky society*”, uma sociedade em que se valoriza a lealdade do membro para com o grupo, na qual é difícil entrar – o que implica restrições à migração – e da qual é difícil sair – o abandono é caracterizado, frequentemente, como deslealdade ou até mesmo traição<sup>43</sup>. As

---

<sup>41</sup> Sobre essa questão, ver BURNEY, Elizabeth. *Making People Behave: Anti-social Behaviour, Politics and Policy*. Cullompton: Willian Publishing, 2009.

<sup>42</sup> ELLIOTT, Anthony; TURNER, Bryan S., op. cit., p. 74.

<sup>43</sup> Idem, ibidem.

teorias da sociedade como solidariedade supõem que a afeição natural e o diálogo existentes nas comunidades são a base para a democracia. Os códigos morais são espontaneamente compartilhados entre os diversos grupos de indivíduos.

Elliott e Turner imputam a origem da perspectiva da sociedade como solidariedade a Ferdinand Tönnies e seus trabalhos sobre o conceito de comunidade, definida como um grupo social fortemente unido, baseado em uma vizinhança local, com fortes sentimentos de pertencimento e ausência de individualismo<sup>44</sup>. Tönnies diferencia a comunidade da sociedade, estabelecendo que a primeira é “a vida de conjunto, íntima, interior e exclusiva”, enquanto a segunda é “o público, é o mundo”<sup>45</sup>. As comunidades, portanto, são mais características da pré-modernidade e de pequenos grupos, marcados por laços de consanguinidade, coabitação territorial, afinidade emocional/espiritual e consenso, enquanto a sociedade é a vida nas metrópoles. Afirma Tönnies<sup>46</sup>:

A teoria da sociedade constrói um círculo de homens que, como na comunidade, convivem pacificamente, mas não estão essencialmente unidos, mas sim essencialmente separados e enquanto na comunidade permanecem unidos apesar de todas as separações, na sociedade permanecem separados apesar de todas as uniões.

Os conceitos de sociedade e comunidade são, contudo, entrelaçados, havendo padrões, ainda que mais restritos, de sociabilidade comunitária na sociedade urbana e capitalista<sup>47</sup>, uma vez que a ideia de um grupo social baseado em sentimentos de fraternidade e caridade perpassa boa parte do pensamento cristão, presente na modernidade<sup>48</sup>. O problema da sociedade contemporânea, no diagnóstico de Alasdair MacIntyre, é o fracasso do projeto iluminista, que pretendia substituir parâmetros comunitários, considerados tradicionais e supersticiosos, por um tipo de moralidade secular, que seria acessível racionalmente a qualquer pessoa<sup>49</sup>. Para

<sup>44</sup> ELLIOTT, Anthony; TURNER, Bryan S., op. Cit., p. 79.

<sup>45</sup> TÖNNIES, Ferdinand. *Comunidad y Sociedad*. Buenos Aires: Losada, 1947, p. 19.

<sup>46</sup> Idem, p. 65.

<sup>47</sup> Para uma sintética, porém interessante, abordagem sobre o pensamento de Tönnies, ver BRANCALEONE, Cássio. Comunidade, sociedade e sociabilidade: revisitando Ferdinand Tönnies. In: *Revista de Ciências Sociais*. Fortaleza, v. 39, n. 1, 2008, p. 98-104.

<sup>48</sup> ELLIOTT, Anthony; TURNER, Bryan S., op. cit., p. 83.

<sup>49</sup> MACINTYRE, Alasdair. *After Virtue: A Study in Moral Theory*. 3. ed. Notre Dame: University, of Notre Dame Press, 2007, p. 70. Ver tb. ELLIOTT, Anthony; TURNER, Bryan S., op. Cit., p. 87. Ver ainda HARNISH, Brandon. Alasdair MacIntyre and F. A. Hayek on the Abuse of Reason. In: *The Independent Review*, v. 15, n. 2, 2010, p. 179–199.

MacIntyre, esse projeto nunca deveria ter sido empreendido, eis que fadado ao fracasso, dada a inviabilidade de seu pressuposto fundamental, que é o relativismo das virtudes. É essencial que as virtudes sejam definidas a partir do pertencimento a uma comunidade e uma identidade cultural, e não a partir de um modelo abstrato de ser humano, como pretende, por exemplo, a teoria da justiça de Rawls<sup>50</sup>.

Essa vertente da sociedade como solidariedade é, na visão de Elliott e Turner, compartilhada por Habermas, especialmente em sua discussão acerca de um projeto de comunidade global. Em *The Postnational Constellation*, Habermas se preocupa exatamente com as condições de possibilidade do projeto de uma esfera pública pan-europeia, que considere a sociedade civil não baseada em múltiplas identidades territoriais, mas simplesmente europeia, como forma de solidariedade entre estranhos<sup>51</sup>. Afirmar Habermas que, se a consciência nacional surgiu de um processo artificial e historicamente determinado, não haveria razão para que esse movimento não pudesse prosseguir para a criação de uma sociedade global e aberta<sup>52</sup>.

Outro autor fundamental para a compreensão do conceito de sociedade enquanto solidariedade é Jeffrey Alexander. Em *The Public Sphere*, o autor defende que é necessária a existência de uma esfera civil na sociedade, como espaço de integração democrática. Ela é composta de valores e instituições particularistas e setoriais – não universais – caracterizados por sentimentos, instituições e relações civis que visam a restauração da justiça contra as forças capitalistas contemporâneas. O autor exemplifica essa esfera com as associações civis e movimentos sociais de defesa dos interesses de minorias<sup>53</sup>. Ainda que a esfera pública esteja atualmente fragmentada, Alexander insiste na possibilidade de que o

---

<sup>50</sup> Para uma análise da crítica de MacIntyre a Rawls, ver VICENTE, José João Neves Barbosa. A crítica de MacIntyre à teoria da justiça de Rawls. In: *Revista Trilhas filosóficas*. Ano III, n. 2, jul-dez 2010, p. 102 a 112.

<sup>51</sup> ELLIOTT, Anthony; TURNER, Bryan S., op. cit., p. 89.

<sup>52</sup> HABERMAS, Jürgen. *The postnational constellation: political essays*. Cambridge: The MIT Press, 2001, p. 102, afirma: “But precisely the artificial conditions in which national consciousness arose argue against the defeatist assumption that a form of civic solidarity among strangers can only be generated within the confines of the nation. If this form of collective identity was due to a highly abstractive leap from the local and dynastic to national and then to democratic consciousness, why shouldn’t this learning process be able to continue?”.

<sup>53</sup> Ver ALEXANDER, Jeffrey. *The civil sphere*. Oxford: Oxford University Press, 2006. Ver tb. ELLIOTT, Anthony; TURNER, Bryan S., op. cit., p. 92.

multiculturalismo possa gerar uma esfera pública de caráter amplo, em um processo de celebração da diversidade. O problema, como afirma Roland Robertson, é identificar até que ponto as visões comunitaristas podem efetivamente gerar um critério de análise e uma pauta de comportamentos, ou são apenas uma ilusão nostálgica de uma comunidade que não mais existe em tempos de globalização<sup>54</sup>. Em síntese, as concepções de sociedade como solidariedade, de acordo com Elliott e Turner<sup>55</sup>:

Enfatizam relações sociais que são intrincadamente interpessoais, dialógicas e baseadas no entendimento mútuo ou consenso. Em termos sociológicos, não há aqui conflito trágico entre o indivíduo e a sociedade, como há na visão de mundo ultra racionalista, cientificista e totalizante visão da sociedade como estrutura. Ao contrário, os valores da solidariedade estão entrincheirados nas relações sociais como uma tendência natural em direção à unidade.

O relacionamento entre os indivíduos, que gera entendimento e consenso, é a base da visão de sociedade como solidariedade.

### 2.2.3 A sociedade como criação

Finalmente, Elliott e Turner elaboram o elenco das teorias que tratam a sociedade como criação. A tentativa aqui é ir além da abstração da sociedade como estrutura, que ignora a singularidade do indivíduo, bem como da nostalgia e sentimentalismo da sociedade como solidariedade. O ponto central, para essas teorias, é a criatividade social, a abertura à inovação. Há um substrato imaginativo no coração das relações sociais. A sociedade, tal como vista nessas concepções, é uma sociedade “elástica”. Explicam Elliott e Turner<sup>56</sup>:

A metáfora da elasticidade social nos provê uma ferramenta valiosa para a análise das sociedades modernas, que estão atualmente muito afastadas do mundo fixo e estruturado das sociedades tradicionais (...). Enquanto as sociedades tradicionais eram tipicamente vinculadas ao território, as pessoas as pessoas agora vivem em sistemas sociais que são apenas

<sup>54</sup> ROBERTSON, Roland. Valores e Globalização: comunitarismo e globalidade. In: SOARES, Luís Eduardo, org. *Pluralismo cultural, identidade e globalização*. Rio de Janeiro: Unesco e Universidade Cândido Mendes, 1007, p. 76-102.

<sup>55</sup> Op. Cit., p. 102.

<sup>56</sup> ELLIOTT, Anthony; TURNER, Bryan S., op. cit., p. 109.

indiretamente conectados ao espaço físico. Enquanto as sociedades tradicionais eram ligadas pelo sangue e pelo solo, muitas relações sociais contemporâneas acontecem online. Nós nos propomos a pensar essas sociedades em termos de ‘elasticidades’ porque as relações sociais são esticadas no tempo e no espaço.

Assim, na visão dos autores, não se pode mais compreender a sociedade como se as relações sociais existissem apenas nas formas da Sociologia clássica do século XIX. Por exemplo, não se pode mais ignorar ou pretender descartar as relações sociais conduzidas no mundo virtual, ao argumento de que são fragmentadas e não duradouras. Foram essas relações que catalisaram, em grande medida, os movimentos políticos no norte e leste da África, em 2011, permitindo a ação coordenada de indivíduos totalmente desconectados entre si, quando se considera apenas o espaço físico<sup>57</sup>, com severas consequências sobre o chamado “mundo real”. O mundo virtual, inexistente nas origens do pensamento sociológico, vem afirmando, especialmente nos últimos anos, seu potencial para alterar a realidade.

Na sociedade como criatividade, as relações sociais estão em constante mutação, o que a torna radicalmente descentralizada, indeterminada e fluida<sup>58</sup>. A melhor referência, entre os sociólogos clássicos, para esse tipo de concepção, seria Georg Simmel. Enquanto os outros pais da Sociologia concebem a sociedade como uma totalidade, Simmel a reputa um fenômeno secundário. O principal, para o autor, é o que ele denomina “sociação”, que são as interações, desde as mais efêmeras até as mais duradouras, que ao mesmo tempo aproximam e afastam as pessoas. Nas palavras de Elliott e Turner, “Simmel descreve a sociedade como uma teia de interações entre os indivíduos, composta de fios invisíveis de sociabilidade”<sup>59</sup>. Simmel afirma que, em sentido amplo, “a sociedade existe onde quer que vários

---

<sup>57</sup> Idem, p. 110. No momento em que a presente tese era elaborada, a sociedade brasileira também sentia a força dessa nova elasticidade social, que permite a organização imediata de pessoas sem qualquer vínculo anterior. Antes da internet, os movimentos sociais necessitavam de prévia organização e institucionalização, por intermédio de sindicatos e associações, o que influenciou grandemente nossa Lei da Ação Civil Pública. A coletividade organizada é legitimada a demandar. Agora, a organização surge juntamente com a causa e se desfaz tão rapidamente quando surgiu, se a causa desaparece. Essa mudança sem precedentes na história da humanidade, que dispensa a institucionalização prévia das massas reivindicantes, ainda é um fenômeno que desafia a análise sociológica e não chegou ao pensamento jurídico.

<sup>58</sup> ELLIOTT, Anthony; TURNER, Bryan S., op. cit., p. 113.

<sup>59</sup> Op. cit., p. 114.

indivíduos entram em interação”<sup>60</sup>. Assim, “unidade em sentido empírico, nada mais é do que interação de elementos. (...) Um Estado é uma unidade porque entre seus cidadãos existe a correspondente relação de ações mútuas”<sup>61</sup>. Nesse contexto,

... o que faz com que ‘a sociedade’, em qualquer dos sentidos válidos da palavra, seja sociedade são evidentemente as diversas maneiras de interação a que nos referimos. Um aglomerado de homens não constitui uma sociedade só porque exista em cada um deles em separado um conteúdo vital objetivamente determinado ou que o mova subjetivamente. Somente quando a vida desses conteúdos adquire a forma de influência recíproca, só quando se produz a ação de uns sobre os outros – imediatamente ou por intermédio de um terceiro – é que a nova coexistência social, ou também a sucessão no tempo, dos homens, se converte em uma sociedade.<sup>62</sup>

Logo, se a sociedade não é nada além das relações entre indivíduos, é preciso abrir mão dos fundamentos metafísicos tradicionais que procuravam fundamentá-la. É impossível tratar a sociedade como um objeto estático. Ela é algo que acontece, que está acontecendo. Não há sociedade feita. Há o fazer sociedade, um processo que está sempre em andamento<sup>63</sup>. Nessa linha, o ponto fulcral da análise de Simmel é o indivíduo, não as instituições ou estruturas por ele criadas, uma vez que “todos esses grandes sistemas e organizações supra-individuais, que habitualmente nos vêm ao espírito, quando pensamos em sociedade, nada mais são que cristalizações (...) de interações diretas entre os indivíduos de forma permanente”<sup>64</sup>. Para o autor alemão, portanto, sociedade “é somente o nome para círculos de indivíduos vinculados entre si por esses tipos de relações recíprocas”<sup>65</sup>. A sociedade não é algo feito, mas algo que os indivíduos fazem ao agir e ao suportar a ação dos outros.

Modernamente, Elliott e Turner enquadram Anthony Giddens e sua teoria da estruturação na categoria de pensadores que reputam a sociedade como criação. Giddens procura reconciliar a ação individual com a estrutura social, afirmando que toda ação humana acontece no contexto de uma estrutura pré-existente, de modo que é pelo menos parcialmente determinada por ela. Entretanto, essa estrutura não

<sup>60</sup> SIMMEL, Georg. *Sociologia*. Organização de Evaristo de Moraes Filho. São Paulo: Ática, 1983, p. 59.

<sup>61</sup> Idem, p. 60.

<sup>62</sup> Idem, p. 61.

<sup>63</sup> MACEDO, Evaristo de. Prefácio a SIMMEL, Georg. *Sociologia*. Organização de Evaristo de Moraes Filho. São Paulo: Ática, 1983, p. 21.

<sup>64</sup> Idem, p. 83.

<sup>65</sup> Idem, *ibidem*.



é imutável, o que faz com que possa ser modificada pela ação<sup>66</sup>. Há, portanto, uma explícita tentativa de reconciliação entre conceitos geralmente tidos como opostos, tais como indivíduo e sociedade<sup>67</sup>, que se condicionam e se recondicionam reciprocamente.

Em seus estudos, Giddens demonstra uma especial preocupação com o conceito de sociedade<sup>68</sup>. Para ele, todas as sociedades são sistemas sociais constituídos, ao mesmo tempo, pela interseção de múltiplos sistemas sociais. Assim, sociedades são sistemas que “se destacam, em baixo-relevo, de um fundo constituído por toda uma série de outras relações sistêmicas, nas quais elas estão inseridas”<sup>69</sup>. Esse destaque decorre de princípios estruturais que permitem a formação de um aglomerado de instituições. Também são apontadas como características da sociedade a associação entre o sistema social e um local ou território específico, que não precisa ser fixo, a presença de elementos normativos que envolvem a pretensão legítima de ocupação do local e a preponderância, entre os membros da sociedade, de sentimentos que revelam alguma identidade em comum, embora não pressuponham um consenso de valor<sup>70</sup>.

Não é coincidência que os autores dessa última tendência, que relaciona a sociedade à criação, tenham especial preocupação com o conceito na perspectiva da globalização. Não é possível conceituar a sociedade como se o mundo fosse o mesmo do século XIX, em que o Estado-nação era capaz de abarcar senão todas, pelo menos a maioria das interações sociais dos indivíduos. Se o avanço técnico que altera essa realidade desperta admiração, também causa apreensão em razão

<sup>66</sup> GIDDENS, Anthony. *A Constituição da Sociedade*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

<sup>67</sup> Afirma o próprio Giddens, em *A Constituição da Sociedade*, cit., p. 191: “Na teoria da estruturação, uma série de dualismos ou oposições fundamentais para outras escolas de pensamento social são reconceituados como dualidades. O dualismo ‘indivíduo’ e ‘sociedade’, em particular, é reconceituado como a dualidade agência e estrutura”.

<sup>68</sup> Cf. op. cit., p. 192 e ss.

<sup>69</sup> Idem, p. 194.

<sup>70</sup> Embora Elliott e Turner não o façam, parece possível incluir também Niklas Luhmann entre os autores que sustentam uma concepção de sociedade como criação. Para Luhmann, a sociedade é um sistema social que compreende todas as comunicações. Ela não alberga os indivíduos ou as relações entre elas, mas apenas as comunicações. Os limites da sociedade, portanto, não são os limites do território, mas sim os limites da comunicação. Cf. LUHMANN, Niklas. *Social Systems*. Tradução de John Bednarz Jr. e Dirk Baecker. Stanford University Press, 1995; CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. *Glosario sobre la teoria social de Niklas Luhmann*. Tradução de Miguel Romero Perez e Carlos Viillajohos, coordenada por Javier Torres Nafarrate. Ciudad de Mexico: Universidad Iberoamericana, 1996.

do avanço do capitalismo global<sup>71</sup> e da homogeneização da cultura, que, sustentam alguns, favorece um clima de hostilidade contra as minorias<sup>72</sup>. Como sintetizam Elliott e Turner, “o conflito político em erupção entre as sociedades digitais e a sociedade territorial é crescentemente evidente aos olhos de todos”<sup>73</sup>. Esse é um fenômeno ainda em desenvolvimento e, portanto, de consequências controversas<sup>74</sup>, evidenciando o caráter fluido da permanente reconstrução da sociedade e da sua apreciação conceitual.

### 2.3 Concepções coletivistas e individualistas de atribuição dos direitos transindividuais

O que foi explicitado na seção precedente é suficiente para despertar fundadas dúvidas acerca das simplificações que cercam o conceito de “sociedade”, à qual é atribuída, por diversos processualistas, a titularidade dos direitos transindividuais. Independentemente da denominação que se atribua a esses direitos, que Barbosa Moreira classificou como “essencialmente coletivos”<sup>75</sup>, ou, para Teori Albino Zavascki, são os que constituem “tutela de direitos coletivos”<sup>76</sup>, eles não são titularizados pelo próprio legitimado coletivo, autor da ação, o que torna necessário definir de quem são e, a partir daí, que efeitos são derivados dessa não coincidência entre titular e autor da ação. Presentemente, tanto a discussão da titularidade,

---

<sup>71</sup> Ver, por exemplo, GIDDENS, Anthony. *Runaway World: How Globalization is Reshaping Our Lives*. London: Profile, 1999. Para uma descrição dos movimentos contraditórios da globalização, ver SANTOS, Boaventura de Souza. *La Globalizacion Del Derecho: los nuevos Caminos de La regulacion y la emancipacion*. Bogotá: ILSA, 1998.

<sup>72</sup> Ver, por exemplo, KRISTEVA, Julia. *Crisis of the European Subject*. New York: Other Press, 2000.

<sup>73</sup> Op. Cit., p. 140.

<sup>74</sup> Daniel Drache, por exemplo, tem uma visão altamente positiva das possibilidades de criação dessa nova sociedade virtual, crendo na possibilidade de que as comunicações favoreçam o surgimento de um público desafiador, adepto do dissenso e da transgressão, que possa fazer frente ao avanço das forças capitalistas. Afirma o autor: “Dissent has become na essential counterpoint to the mainstream discourse of law, security, markets and private accumulation”. DRACHE, Daniel. *Defiant Publics: The unprecedented Reach of the Global Citizen*, London: Polity Press, 2008.

<sup>75</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito Processual Civil*: terceira série. São Paulo: Editora Saraiva, 1984, p. 193.

<sup>76</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo*: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 41 e ss.

quanto de eventuais efeitos que dela podem ser extraídos, não foi realizada de modo adequado.

O foco da presente exposição não estará, neste primeiro momento, nos direitos individuais homogêneos, chamados de acidentalmente coletivos por Barbosa Moreira, ou tutela coletiva de direitos, por Teori Zavascki. Isso porque, quanto a tais direitos, a questão da titularidade, atualmente, não desperta maior dissenso<sup>77</sup>. São direitos que pertencem a cada um dos indivíduos que integram o grupo, sendo apenas tutelados coletivamente<sup>78</sup>. Há razoável acordo no sentido de que, nesse caso, o legitimado age pleiteando, em nome próprio, direito alheio, de pessoas indeterminadas, mas determináveis, tão determináveis que deverão ser determinadas no momento da execução, para que recebam o que fazem jus, nos termos dos artigos 97 e 98 do CDC<sup>79</sup>. Mesmo assim, em um segundo momento, será necessário abordar os efeitos que o novo sistema proposto para os direitos transindividuais acarretará sobre a definição dos individuais homogêneos. Também será preciso considerar que, apesar da definição da titularidade, os limites da atividade representativa não foram estabelecidos em relação aos direitos individuais

---

<sup>77</sup> Ainda na década de 90, houve respeitável polêmica acerca da natureza dos direitos individuais homogêneos. Ver, nesse sentido, CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. Evolução das ações coletivas no Brasil. In: *Revista de Processo*. São Paulo, n. 77, ano 20, 1995, p. 224-235. Afirma o autor que os direitos individuais homogêneos são coordenados e justapostos, uma vez que se busca uma condenação genérica em favor de todas as vítimas, a qual seria indivisível. Por essa razão, esses direitos também poderiam ser considerados como transindividuais. Essa concepção chegou a ser aceita pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos do RE 163.231, relator Min. Maurício Correa, DJ 29-06-2001. A decisão do Supremo Tribunal Federal foi embasada em parecer da lavra do próprio professor Alcides Alberto Munhoz da Cunha, atuando na condição de Subprocurador-Geral da República. Apesar da doutrina atual se inclinar em outro sentido, talvez haja mais a se investigar relativamente à tese levantada pelo professor Alcides Munhoz. Conforme explica Samuel Issacharoff, nas situações em que os direitos dos indivíduos, apesar de autônomos, são demandados em face de um fundo limitado – situação análoga à da falência no Brasil – a jurisprudência americana não admite o *opt-out* em *class actions*, por considerar impossível que esses direitos sejam demandados individualmente. Assim, mesmo que os direitos em si sejam individuais e homogêneos, eles acabam ganhando uma nota de indivisibilidade no sistema americano, em razão da obrigatoriedade de que sejam demandados conjuntamente. Cf. ISSACHAROFF, Samuel. Preclusion, due process, and the right to opt out of class actions. In: *Notre Dame Law Review*, vol. 77:4, 2002, p. 1057 a 1081. Na jurisprudência norte-americana, ver o interessante debate em *Ortiz v. Fibreboard Corp.*, 527 U.S. 815, 1999, um dos vários casos relativos à contaminação por amianto (asbestos).

<sup>78</sup> Nesse sentido, por todos, ZAVASCKI, Teori Albino, op. cit., p. 44.

<sup>79</sup> Por exemplo, dentre diversos outros, LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 160, Ada Pellegrini Grinover, In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JR, Nelson. *Código de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed, vol II. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 138.

homogêneos, similarmente ao que ocorre com os transindividuais. É inútil firmar a titularidade desses direitos, se não forem determinados os efeitos dela decorrentes.

O principal problema para a definição da titularidade dos direitos transindividuais é a característica da indivisibilidade<sup>80</sup>. É certo que o provimento que afeta um direito transindividual atinge a todas as pessoas que dele compartilham. Mas é preciso saber o que isso efetivamente significa. São essas pessoas titulares desse direito? Se forem, o que essa titularidade significa em relação ao processo que demanda uma decisão relacionada a tais direitos? Para Antonio Gidi<sup>81</sup>, na linha já traçada por Barbosa Moreira, não existe distinção entre os direitos que o CDC conceitua como difusos e coletivos. Segundo o autor, tanto os direitos difusos, quanto os coletivos, pertencem a um grupo de pessoas, a uma “comunidade ou coletividade sem personalidade jurídica”, sendo que a única diferença é o grau de delimitação do grupo, que é maior nos direitos difusos<sup>82</sup>. A concepção de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart também é similar, ressaltando, inclusive, que os direitos transindividuais não se confundem com a somatória dos direitos individuais dos

---

<sup>80</sup> GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p. 215-17 ressalta o valor da indivisibilidade enquanto característica distintiva dessas modalidades de direitos.

<sup>81</sup> Idem, p. 219: “Fazer distinção entre direito difuso e coletivo é tão inútil para o direito quanto fazer a distinção entre filho legítimo e ilegítimo ou natural e adotivo”.

<sup>82</sup> Gidi esclarece seu ponto de vista nos seguintes termos: “Os direitos superindividuais não pertencem a uma pessoa física ou jurídica determinada, mas a uma comunidade amorfa, fluida e flexível, com identidade social, porém sem personalidade jurídica. Isso não significa, como se viu, que tais direitos não tenham titulares ou que estes sejam indeterminados: o titular será a comunidade ou coletividade sem personalidade jurídica. (...) Exatamente por não se constituírem da soma dos direitos individuais, os direitos superindividuais (difusos e coletivos) são uma categoria autônoma de direito subjetivo, cujos titulares são uma comunidade ou coletividade. E é aí que reside a nota de indivisibilidade inerente a tais espécies de direitos”. GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Editora Saraiva, 1995, p. 26.

Gidi ainda afirma que “É imperativo observar que, ao contrário do que se costuma afirmar, não são vários, nem indeterminados, os titulares (sujeitos de direito) dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Há apenas um único titular: uma comunidade, no caso de direitos difusos, uma coletividade no caso de direitos coletivos ou um conjunto de vítimas indivisivelmente considerado no caso dos direitos individuais homogêneos. (...)”

O indivíduo, isolado e atomizadamente, aí sim, é portador tão-só e exclusivamente de um ‘interesse’ não tutelado pelo ordenamento de que o direito superindividual ou individual homogêneos da comunidade ou coletividade à qual pertence seja tutelado em juízo através de uma ação coletiva. Quem tem o direito público subjetivo à prestação jurisdicional referente a tais direitos (direito de ação coletivo) é apenas a comunidade ou a coletividade como um todo, através das entidades legalmente legitimadas à sua propositora”. Idem, p. 23.

membros dos sujeitos que integram a coletividade<sup>83</sup>. Na Argentina, Osvaldo Gozaíni diz que são direitos “da sociedade toda”<sup>84</sup>.

Entretanto, mesmo que essas definições fossem aceitas, remanesceria dúvida quanto à composição desse grupo, comunidade, coletividade ou sociedade, referido pelos autores. Ao que parece, para alguns, o grupo teria uma existência própria, enquanto “comunidade amorfa”, distinta de seus membros. Zavascki, por exemplo, ressalta que tais direitos não pertencem à administração pública (*rectius*, ao Estado), mas “a um grupo de pessoas, a uma classe, a uma categoria ou à própria sociedade, considerada em seu sentido amplo”<sup>85</sup>. O autor não define, todavia, a qual “sentido amplo” de sociedade estaria se referindo<sup>86</sup>. A análise da literatura revela que os autores brasileiros parecem, de modo majoritário, atribuir a titularidade dos direitos que o Código de Defesa do Consumidor denominou difusos e coletivos a um ente distinto do Estado, mas, ao mesmo tempo, distinto dos indivíduos que compõem a população nacional. Para tanto, se valem de expressões de origem sociológica, tais como sociedade, grupo social, coletividade, comunidade, mas sem definir tecnicamente o sentido que atribuem a essas expressões<sup>87</sup>. Essa tendência,

---

83 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de conhecimento*. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 742.

84 GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. *El debido proceso*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, p. 125.

85 ZAVASCKI, Teori, op. cit., p. 42. Além de não haver definição acerca do que se denomina grupo, classe ou sociedade, os termos são usados como sinônimos pelo autor, o que, conforme já demonstrado, é sociologicamente inexato.

86 Outra concepção que se vale de elementos similares é a de Péricles Prade. Afirma o autor que os direitos difusos seriam titularizados por uma “cadeia abstrata de pessoas, ligadas por vínculos fáticos, exurgidos de alguma circunstancial identidade de situação, passíveis de lesões disseminadas entre todos os titulares, de forma pouco circunscrita e num quadro de abrangente conflituosidade”. É de se observar o caráter avançado da definição, sobretudo quando se considera sua elaboração ainda antes da promulgação do CDC. PRADE, Péricles. *Conceito de interesses difusos*. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987, p. 58. Embora citado por Zavascki, em apoio a sua definição, parece que a linha de Prade é, quando mais profundamente analisada, efetivamente, oposta à daquele autor. Enquanto Zavascki atribui a titularidade dos direitos difusos ao grupo, ou seja, a um ente coletivo, Prade parte do indivíduo agregado. Essa distinção não é desprovida de efeitos para os objetivos da presente tese.

87 LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 98, se vale tanto da expressão “grupo social” quanto de “coletividade”, a ele atribuindo a titularidade dos direitos. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p.153, ao formular seu conceito de direitos difusos, se vale da expressão “sociedade civil”, também sem defini-la. MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 20. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 51 ressalta a inviabilidade de determinação dos indivíduos que pertencem ao grupo, parecendo atribuir a ele a titularidade, embora isso não seja muito claro.

que também é verificada na jurisprudência<sup>88</sup>, será aqui denominada posição coletivista.

No lado oposto encontram-se autores como Péricles Prade<sup>89</sup> e Marcelo Abelha<sup>90</sup>, que afirmam que tais direitos não pertencem a um grupo propriamente dito, mas a cada um dos indivíduos que compõem o grupo. Prade alude, por exemplo, a uma pluralidade de indivíduos ou a uma cadeia abstrata de pessoas ou ainda a uma série aberta de indivíduos<sup>91</sup>. Os direitos, mesmo que atinentes a todo o grupo, são pertencentes, de fato, aos indivíduos que o compõem, embora não seja possível identificar esses indivíduos, os quais, eventualmente, podem ser todas as pessoas. Essa corrente será denominada posição individualista.

Quando analisadas com rigor, ambas as posições, apesar de parecerem superficialmente opostas, se fundem em uma série de aporias, obscuridades ou incompletudes. Nenhuma delas explica quais consequências decorrem do fato dos direitos pertencerem ao grupo ou a indivíduos. Na corrente coletivista, não há clareza na explicação de como o grupo poderia ter existência distinta de seus membros e, mais ainda, titularizar direitos. Não se esclarece de que modo esse grupo seria materializado, ou quais prerrogativas ele deteria em relação ao direito, nem como as exerceria. Além disso, para a maioria dos que esposam a posição coletivista, a expressão “grupo” é utilizada como sinônimo de “coletividade” ou de

---

<sup>88</sup> Ver, por exemplo, do Supremo Tribunal Federal, MS 22.164/SP, rel. Min. Celso de Mello, DJ 17.11.1995, conceituando o meio ambiente como “um direito que assiste, de modo subjetivamente indeterminado, a todo o gênero humano”.

<sup>89</sup> Op. Cit., p. 58.

<sup>90</sup> Nessa linha estão também os seguintes autores: ANTUNES, Luís Filipe Colaço. Poluição industrial e dano ambiental: novas afinidades eletivas da responsabilidade civil. In: *Boletim da Faculdade de Direito*. Vol. 67. Coimbra: 1991, p. 22. ABELHA, Marcelo. *Ação Civil Pública e meio ambiente*. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2004, p. 43. Afirma o autor que os direitos difusos seriam melhor denominados de plurindividuais e não transindividuais, como normalmente se verifica, para evitar a ideia de que na estrutura desses direitos não existiria o componente individual. Também nesse sentido Barbosa Moreira, o qual afirma pertencerem tais direitos a uma série indeterminada, ou pelo menos, de difícil ou impossível determinação, de interessados. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito Processual Civil*: terceira série. São Paulo: Editora Saraiva, 1984, p. 174. Igualmente BASTOS, Celso. A tutela dos interesses difusos no direito constitucional brasileiro. In: *Revista de Processo*, n. 23. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1981, p. 40, aludindo a uma “indefinida massa de indivíduos”, MILARÉ, Edis. *A ação civil pública na nova ordem constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 1990, p. 27, referindo a uma “série indeterminada e indeterminável de sujeitos”.

<sup>91</sup> Op. cit., p. 48 e ss.

“sociedade”<sup>92</sup>. Entretanto, conforme já se demonstrou, não é correto supor que essas expressões tenham algum significado evidente, que possa ser aplicado pelo jurista sem maiores explicações, nem que sejam sinônimas<sup>93</sup>.

Na corrente individualista, embora não exista o problema de se definir quem é o grupo, os autores se debatem com a dificuldade de evitar a acusação de que confundem direitos transindividuais com direitos individuais. A forma que encontram para tanto é manter indeterminada a identidade dos indivíduos titulares. Marcelo Abelha, por exemplo, após sustentar o equívoco da terminologia “direitos transindividuais” e a necessidade de se ressaltar o componente individual de tais direitos, afirma que “o interesse difuso é de cada um e de todos ao mesmo tempo”<sup>94</sup>, frase surpreendentemente similar à utilizada por Waldemar Mariz de Oliveira Júnior, ainda em 1984, segundo o qual tais direitos pertencem “ao mesmo tempo, a todos e a ninguém”<sup>95</sup>. Além disso, vários dos autores que adotam essa posição afirmam que a titularidade desses direitos é “indeterminada e indeterminável” de maneira que, ainda que pertençam a indivíduos, não é possível determinar quem são eles<sup>96</sup>.

A fusão entre ideias que, à primeira vista, pareciam opostas, se torna visível quando se verifica que, recorrentemente, a definição de direitos transindividuais gravita entre o coletivismo e o individualismo. Por exemplo, no julgamento da ADI 3.540-MC/DF, o Ministro Celso de Mello, relator, menciona, inicialmente, que os direitos de terceira geração são poderes de “titularidade coletiva, atribuídos, genericamente, e de modo difuso, a todos os integrantes dos agrupamentos sociais”, o que faria intuir a adoção de uma posição individualista. Entretanto, um pouco mais adiante, o Ministro afirma

---

<sup>92</sup> O próprio endereço eletrônico do Ministério da Justiça do Brasil conceitua direitos difusos como “aqueles direitos que não podem ser atribuídos a um grupo específico de pessoas, pois dizem respeito a toda a sociedade” <<http://portal.mj.gov.br/>>. Acesso em 17.05.2014.

<sup>93</sup> Basta considerar que Ferdinand Tönnies escreveu, ainda em 1887, uma obra dedicada a diferenciar comunidade e sociedade. TÖNNIES, Ferdinand. *Comunidad y Sociedad*. Buenos Aires: Losada, 1947. É claro que não há necessidade de se concordar com a proposta de Tönnies para perceber que o jurista não pode simplesmente ignorar as pesquisas sociológicas nesse sentido.

<sup>94</sup> Op. cit., p. 44.

<sup>95</sup> OLIVEIRA JÚNIOR, Waldemar Mariz de. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, coord. *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Editora Max Limonad, 1984, p. 13. DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação Civil Pública*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 52 também demonstra preocupação em não definir os titulares dos direitos difusos, afirmando que “é difusa a titularidade subjetiva dos bens tutelados, sendo esses titulares substancialmente anônimos”.

<sup>96</sup> Nesse sentido FIORILLO, Celso Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 6.

que o referido direito “constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva (...) atribuído à própria coletividade social”<sup>97</sup>. Esse tipo de fundamentação, que oscila entre o individualismo e o coletivismo também é perceptível na doutrina<sup>98</sup>.

Nesses termos, o enquadramento de autores como coletivistas ou individualistas decorre de uma leitura de expressões utilizadas em suas obras, provavelmente, sem a intenção consciente de extrair daí uma conclusão. Para a doutrina brasileira, em geral, atribuir a titularidade dos direitos transindividuais a um ente coletivo ou aos indivíduos que o compõem é algo feito com pouca – eventualmente, nenhuma – fundamentação teórica e sem qualquer consequência. Todas as conclusões de uma obra que atribui a titularidade dos direitos transindividuais ao grupo seriam coerentes se ela fosse atribuída aos indivíduos e vice-versa. Mesmo aquelas obras que defendem, com veemência, uma posição individualista, propondo até mesmo a alteração da denominação dessa categoria de direitos<sup>99</sup>, não conseguem extrair dos argumentos que apresentam mais que a simples mudança de denominação. Se o autor adotasse, ao revés, um conceito radicalmente coletivista, a obra em nada precisaria ser alterada.

Ao final, cabe mencionar que há quem, entre todos e ninguém, afirme que os direitos transindividuais são mesmo de ninguém, consistindo em mera atuação do direito objetivo. Nesse sentido, José Maria Tesheiner sustenta que a atuação do legitimado é um mero veículo para provocar a aplicação do direito objetivo, não se tratando de interesses próprios, nem alheios. Cabe ao Judiciário concretizar o direito objetivo transindividual, devendo ser abandonada a noção de que ele pode ser subjetivamente atribuído a quem quer que seja<sup>100</sup>. Essa concepção, além de pressupor que existe um direito objetivo passível de ser apreendido para ser litigado

---

<sup>97</sup> P. 17 do voto.

<sup>98</sup> Ver, por exemplo, DONIZETTI, Elpídio; CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. *Curso de processo coletivo*. São Paulo: Editora Atlas, 2010. Os autores afirmam, claramente, que a titular do direito material é a “comunidade”, embora utilizem também a expressão “coletividade” (p. 45). Mas em seguida afirmam que a ocorrência de lesão a um bem indivisível “entre indivíduos indetermináveis” faria com que eles se unissem “formando uma coletividade” (p. 47).

<sup>99</sup> ABELHA, Marcelo. *Ação Civil Pública e meio ambiente*. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2004, p. 43, propõe que os direitos transindividuais deveriam ser denominados plurindividuais.

<sup>100</sup> Ver TESHEINER, José Maria. Ação popular, substituição processual e tutela do Direito objetivo. In: *Revista de Processo*, vol. 34, 2009, p. 398-404 e também TESHEINER, José Maria. Jurisdição e Direito objetivo. In: *Justiça do Trabalho*, v. 28, 2011, p. 28-37.



pelo legitimado coletivo, o que é discutível à luz da virada linguística na hermenêutica<sup>101</sup>, apenas radicaliza consequências que já estão presentes nas concepções anteriores: dissocia-se a atuação do legitimado coletivo, que pode agir de acordo com suas convicções e sua interpretação do ordenamento jurídico, dos sujeitos que, diferentemente dele próprio, experimentarão as consequências concretas da decisão<sup>102</sup>.

Em síntese, a doutrina do processo coletivo, no Brasil, não se debruçou suficientemente sobre o conceito de direitos transindividuais. A definição de hoje é a mesmo de 1984. Esses direitos são de todos (e, ao mesmo tempo, de ninguém), ou são do grupo, sociedade, comunidade, coletividade, considerada enquanto entidade, embora definida sem rigor científico. O debate, principalmente após a aprovação do Código de Defesa do Consumidor, que trouxe um conceito legal, passou a aparentar ser cada vez mais bizantino, reduzindo-se, por vezes, à discussão acerca da adequação da denominação utilizada pelo Código. O que parecia mais importante é que a tutela desses direitos, antes difícil, passou a ser viabilizada pela lei. Assim, posições opostas na superfície se tornaram, de fato, idênticas nas consequências: o titular dos direitos transindividuais, seja ele quem for, é irrelevante para o curso da ação coletiva. Ele é um mero expectador, aguardando o resultado da lide que, garantem os estudiosos, lhe será sempre favorável.

Conforme se demonstrará no presente trabalho, o estudo dessa definição tem como objetivo não apenas o estabelecimento de um conceito mais academicamente acertado, mas também o de permitir a reavaliação, a partir de uma concepção renovada de devido processo legal coletivo, do papel desse titular do direito no processo coletivo.

---

<sup>101</sup> Ver GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 2. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1998 e FERNANDES, Bernardo Gonçalves (org.). *Interpretação Constitucional: Reflexões sobre (a nova) Hermenêutica*. 2. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2011.

<sup>102</sup> Eduardo José da Fonseca Costa defende a posição de Tesheiner, no sentido de que a tutela de direitos difusos seria tutela de direito objetivo, embora o foco de seu trabalho seja explicar a natureza da jurisdição constitucional, não propriamente o debate que aqui é conduzido. Ver COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Jurisdição constitucional, jurisdição coletiva e tutela de instituições*. 2015, 42p., não publicado.

## 2.4 Titularidade dos direitos transindividuais e o dogma da indivisibilidade

Outro obstáculo da década de 1980, a ser ultrapassado para se alcançar uma correta definição acerca da titularidade dos direitos transindividuais, é o dogma da indivisibilidade. Sempre se afirmou que a principal característica de tais direitos é serem absolutamente indivisíveis, uma vez que não podem ser separados em “cotas” destinadas a cada titular. Por essa razão, a satisfação de um dos titulares “implica de modo necessário a satisfação de todos e, reciprocamente, a lesão de um só constitui, *ipso facto*, lesão da inteira coletividade”<sup>103</sup>. Desde Barbosa Moreira, essa característica vem sendo repetida por quase toda a doutrina brasileira<sup>104</sup> e acabou positivada no conceito legal adotado pelo CDC, em seu art. 81, parágrafo único, I e II.

É inegável o valor histórico dessa definição. Antes da Constituição de 1988 e da Lei da Ação Civil Pública, Barbosa Moreira, Ada Pellegrini Grinover e outros autores já mencionados construíram um conceito que permitia a tutela de um direito a meio caminho entre o público e o privado. Não é que, antes de 1988, não existisse tutela do meio ambiente, por exemplo. A Constituição de 1934 já estabelecia a competência da União para legislar sobre as florestas<sup>105</sup> e a Constituição de 1946,

<sup>103</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito Processual Civil*: terceira série. São Paulo: Editora Saraiva, 1984, p. 174. Como o próprio autor ressalta, trata-se de uma construção baseada na doutrina de Andrea Proto Pisani.

<sup>104</sup> GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Editora Saraiva, 1995, p. 27; GRINOVER, Ada Pellegrini. Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos. In: *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2000, p. 20: “No ordenamento jurídico brasileiro, por definição legislativa (art. 81 do Código de Defesa do Consumidor), os interesses difusos e coletivos apresentam, em comum, a transindividualidade e a indivisibilidade do objeto. Isso significa que a fruição do bem, por parte de um membro da coletividade, implica necessariamente sua fruição por parte de todos, assim como sua negação para um representa a negação para todos. A solução do conflito é, por natureza, a mesma para todo o grupo, podendo afirmar-se que, se houvesse litisconsórcio entre os membros, se trataria de litisconsórcio unitário”; DONIZETTI, Elpídio; CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. *Curso de processo coletivo*. São Paulo: Editora Atlas, 2010, p. 45, afirmando que essa indivisibilidade “significa que necessariamente a ofensa do bem atinge a todos os membros integrantes da coletividade”; SILVA, Sandra Lengruber da. *Elementos das ações coletivas*. São Paulo: Editora Método, 2004, p. 42, asseverando que “a natureza indivisível refere-se ao objeto destes direitos, pertencentes a todos os titulares e ao mesmo tempo a nenhum especificamente, do que decorre que tanto a lesão como a satisfação de um interessado implica obrigatoriamente na lesão ou satisfação de todos”; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 73.

<sup>105</sup> Art. 5º, XIX, j e § 3º.

mais específica, afirmava ficarem “sob a proteção do Poder Público”, as “obras, monumentos e documentos de valor histórico e artístico, bem como os monumentos naturais, as paisagens e os locais dotados de particular beleza”<sup>106</sup>. É certo, portanto, que esses chamados “novos direitos” não são assim tão novos<sup>107</sup>. A inovação é que, até pelo menos a década de 1970, sua proteção se dava na condição de patrimônio público, pertencente ao Estado, e não a uma “sociedade” ou “grupo” distinto da pessoa jurídica de direito público política. Ainda em 1981, é possível encontrar aresto do Supremo Tribunal Federal, tratando do “interesse comum” da União e dos estados-membros na preservação das florestas<sup>108</sup>, denotando que a preocupação com direitos difusos estava amalgamada ao interesse estatal.

Tanto é assim que o § 1º do art. 1º da Lei da Ação Popular, tanto em sua redação original, quanto na versão atual, modificada em 1977, estabelece a possibilidade de ajuizamento da mencionada ação para a proteção dos “bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico” por expressa equiparação dos mesmos ao patrimônio público. Não se trata, ainda, de se conceber uma titularidade coletiva desses bens, mas de protegê-los porque são valiosos para o Estado, compondo, assim, um conceito ampliado de patrimônio público, mesmo que pertençam efetivamente a particulares<sup>109</sup>. A novidade na concepção dos direitos

---

<sup>106</sup> Art. 175. Texto similar está no art. 172, parágrafo único, da Constituição de 1967: “Ficam sob a proteção especial do Poder Público os documentos, as obras e os locais de valor histórico ou artístico, os monumentos e as paisagens naturais notáveis, bem como as jazidas arqueológicas”.

<sup>107</sup> “Interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos sempre existiram; não são novidade de algumas poucas décadas. Nos últimos anos, apenas se acentuou a preocupação doutrinária e legislativa em identificá-los e protegê-los jurisdicionalmente, agora sob o processo coletivo. A razão consiste em que a defesa judicial de interesses transindividuais de origem comum tem peculiaridades: não só esses interesses são intrinsecamente transindividuais, como também sua defesa judicial deve ser coletiva, seja em benefício dos lesados, seja ainda em proveito da ordem jurídica. Dessa forma, o legislador estipulou regras próprias sobre a matéria, especialmente para solucionar problemas atinentes à economia processual, à legitimação ativa, à destinação do produto da indenização e aos efeitos de imutabilidade da coisa julgada”. MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*, 20. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p.58.

<sup>108</sup> STF, Rp 1008, Relator Min. Djaci Falcão, DJ 23-10-1981.

<sup>109</sup> Cf. PRADÉ, Péricles. *Ação Popular*. São Paulo: Editora Saraiva, 1986, p. 11. No mesmo sentido, FAGUNDES, José Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1979. É verdade, entretanto, que Seabra Fagundes já adianta, em certa medida, a concepção contemporânea tratada no texto, uma vez que se refere a essa extensão do conceito de patrimônio público, para abranger outros bens não pertencentes ao patrimônio estatal, como justificada pela característica desses bens, que são “espiritualmente valiosos para a coletividade”. Ainda assim, é certo que a coletividade, em Seabra Fagundes, não é titular desses bens. Eles continuam tendo sua propriedade resolvida pelos conceitos estritos do direito civil. Há apenas um interesse público que se superpõe ao direito de propriedade, para determinar a proteção.

difusos, por parte da doutrina brasileira, na década de 1980, é permitir que eles sejam tutelados independentemente de pertencerem ou serem equiparáveis ao patrimônio público. São direitos “de todos”. E, sendo de todos, a lesão a esses direitos lesa a todos, da mesma forma que sua reparação repara a todos. Trata-se de um avanço marcante, que abre um campo de proteção inaudito, que repercutirá na redação da Constituição de 1988, primeira a afirmar que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”.

Para além da mudança teórica, afirmar que os direitos, especialmente difusos, não se confundem com o patrimônio do Estado, acarreta importantes consequências práticas. Restringe-se, por exemplo, as prerrogativas do ente público em dispor desses direitos. Esse é um dos debates do caso *Chevron v. Ecuador*, provavelmente um dos mais complexos litígios coletivos de todos os tempos, ainda em andamento no momento em que estas linhas eram escritas. Em um dos processos que compõem o caso, o réu alega que recebeu quitação do governo equatoriano, em relação aos danos ambientais que provocou, o que inviabilizaria o processamento da ação coletiva, da qual resultou condenação de US\$ 9,5 bilhões. Os autores, todavia, afirmam que a quitação passada pelo Equador impede apenas o ajuizamento de ação pelo ente público, mas não pelos cidadãos, que também são titulares do patrimônio lesado<sup>110</sup>. Não há dúvidas, portanto, de que essa concepção tem inestimável valor para o avanço do processo coletivo brasileiro, tanto que se cristalizou, como demonstrado, em todo o pensamento acadêmico brasileiro e até mesmo no site oficial do Ministério da Justiça, o qual afirma, textualmente:

Assim, por exemplo, os direitos ligados à área do meio ambiente têm reflexo sobre toda a população, pois se ocorrer qualquer dano ou mesmo um benefício ao meio ambiente, este afetará, direta ou indiretamente, a qualidade de vida de toda a população<sup>111</sup>.

---

<sup>110</sup> Há muita bibliografia, produzida por ambas as partes, sobre o litígio ambiental e a multiplicidade de fatores envolvidos impede que o caso seja descrito aqui com maiores detalhes. O Brasil deverá, brevemente, tomar partido na controvérsia, uma vez que, como a Chevron não tem patrimônio no Equador, os autores estão buscando a execução da condenação bilionária em diversos países. Por essa razão, pendente, no Superior Tribunal de Justiça, a SEC 8542, rel. Min. Félix Fischer, a qual ainda se encontrava em fase de instrução, no momento em que a presente tese era escrita.

<sup>111</sup> A citação está disponível em <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={2148E3F3-D6D1-4D6C-B253-633229A61EC0}&BrowserType=IE&LangID=pt-br&params=itemID%3D%7B575E5C75-D40F-4448-AC91-23499DD55104%7D%3B&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>>. Acesso em 19.05.2014.

Logo, a indivisibilidade dos interesses difusos, no Brasil, ultrapassa os limites de uma teoria, para alcançar contornos de verdade tão expressivos que permitem que seja exposta em um website governamental, sem referência bibliográfica. Entretanto, com todo o valor que tenha e com todo o mérito dos autores que a sustentam, essa concepção, cristalizada no pensamento jurídico brasileiro, não é correta. Além disso, ela é, em certas situações, deletéria para a condução do processo coletivo relacionado a direitos difusos e, em menor grau, direitos coletivos.

Afirmar que o meio ambiente é de todos é um truísmo. Trata-se de definição que fará sentido apenas se se definir quem são “todos”. Cláudia Werneck, por exemplo, lançou uma obra destinada especificamente a discutir, no contexto da sociedade inclusiva, o conceito de “todos”<sup>112</sup>. A indefinição acerca do âmbito de abrangência de “todos” significa, para retornar à expressão de Waldemar Mariz, que “todos” se tornará sinônimo de “ninguém”, uma vez que a expressão fica esvaziada e, como afirma Wittgenstein, “os limites da minha linguagem denotam os limites do meu mundo”<sup>113</sup>. Essa formulação implica o risco de abrir caminho para que o avanço pretendido originalmente se perca, e o patrimônio de “todos” continue, na falta de solução melhor, a ser tutelado como se fosse do Estado<sup>114</sup>.

A afirmação da indivisibilidade dos direitos transindividuais atua para mascarar a deficiência na formulação conceitual de sua titularidade. Como não se sabe de quem é o meio ambiente, passa a ser essencial que se afirme que todas as lesões que lhe são causadas interessam a todas as pessoas na mesma medida, lesam a todas as pessoas, na mesma medida e, ao serem reparadas, reparam todas as pessoas, igualmente na mesma medida<sup>115</sup>. Sem essa abstrata igualdade, o conceito inicial

---

<sup>112</sup> WERNECK, Cláudia. *Sociedade Inclusiva: Quem Cabe no seu Todos?* Rio de Janeiro: WVA Editora, 1999.

<sup>113</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus Logico-Philosophicus*. Tradução de José Arthur Giannotti. São Paulo: Companhia Editorial Nacional, 1968, p. 111.

<sup>114</sup> O simples fato da tutela dos direitos transindividuais poder ser demandada por entidades privadas não evitaria o retrocesso descrito no texto. O patrimônio público não deixou de pertencer ao Estado quando a lei passou a autorizar que sua tutela fosse demandada por particulares, por intermédio da Lei da Ação Popular, em 1965. Do mesmo modo, o simples fato da lei autorizar que a tutela do meio ambiente seja demandada por particulares, também por intermédio da lei da ação popular, assim como por outras entidades privadas, por meio da Ação Civil Pública, em nada contribuiria para a conclusão de que ele é protegido sob a perspectiva de se tratar de um direito difuso, titularizado por alguém distinto do Estado.

<sup>115</sup> Vários dos conceitos já mencionados denotam essa vinculação entre a definição da titularidade e a indivisibilidade. Assim, por exemplo, YOSHIDA, Consuelo Y. M. *Tutela dos interesses difusos e*

desmorona, já que, para definir formas distintas pelas quais pessoas diferentes sofrem lesões ambientais, seria preciso especificar quem são todos, ou dar mais precisão aos contornos do grupo, sociedade ou qualquer outra abstração que se pretenda utilizar descrever a titularidade dos direitos transindividuais.

Todavia, a realidade desmente que, em todas as situações, todos os indivíduos ou toda a sociedade experimente, na mesma intensidade, e com o mesmo interesse, lesões a direitos transindividuais. Por exemplo, não parece difícil refutar a ideia de que a poluição do ar, causada pela queima da palha da cana-de-açúcar no município de Piracicaba/SP<sup>116</sup>, interesse, na mesma medida, aos habitantes de Piracicaba e aos habitantes de Cruzeiro do Sul/AC. Também parece pouco razoável pretender que a redução da vazão do Rio Doce, no município de Aimorés/MG, decorrente da construção de uma usina hidrelétrica<sup>117</sup>, interesse igualmente aos habitantes da referida localidade e aos munícipes de Passo Fundo/RS. Somente seria possível argumentar que existe interesse de todos na proteção do ecossistema planetário se se pretendesse trazer para o Direito os postulados da teoria do caos<sup>118</sup>, que afirma que a mais mínima alteração ambiental interessa a todos os habitantes do planeta, em razão dos efeitos imprevisíveis ou cumulativos que pode acarretar. Essa proposição, ainda que interessante, pouco se coaduna com a realidade, na qual se observa que um grande número de lesões ambientais só têm relevância do ponto de vista local, não interessando a indivíduos ou sociedades geograficamente

---

*coletivos*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006, p. 5 afirma que a indivisibilidade é de importância central na dogmática, uma vez que “o que se pretende tutelar é um bem jurídico de toda a coletividade. (...) O pedido de cessação da lesão ou da ameaça (...) beneficiará e proporcionará a satisfação de todos contemporaneamente”.

<sup>116</sup> O Ministério Público Federal tratou da questão da queima da palha da cana-de-açúcar em Piracicaba nos autos da Ação Civil Pública 0002693-21.2012.4.03.6109, que tramitou perante a 2ª Vara Federal de Piracicaba. A petição inicial, bem como outros materiais relacionados ao caso, estão disponíveis em <[http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy\\_of\\_meio-ambiente-e-patrimonio-cultural/12-04-12-2013-mpf-quer-suspensao-imediata-da-queima-da-palha-da-cana-na-regiao-de-piracicaba](http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_meio-ambiente-e-patrimonio-cultural/12-04-12-2013-mpf-quer-suspensao-imediata-da-queima-da-palha-da-cana-na-regiao-de-piracicaba)>. Até o momento em que a presente tese era escrita, todas as decisões na ação, antecipatórias e finais, em primeiro e segundo grau, eram favoráveis à pretensão do autor, determinado que a queima da palha seja realizada apenas se precedida de licenciamento ambiental com EIA/RIMA.

<sup>117</sup> O Ministério Público Federal tratou dessa questão nos autos da Ação Civil Pública 001.38.00.043567-4, que inicialmente tramitou perante 15ª Vara Federal de Belo Horizonte e, posteriormente, perante a 1ª Vara Federal de Governador Valadares. Há inúmeras outras ações envolvendo aspectos variados dessa questão.

<sup>118</sup> Postulado físico que afirma que, em sistemas dinâmicos complexos, os resultados finais são sensíveis às menores variações nas condições iniciais. A formulação de Edward Lorenz, em 1963, ficou conhecida como “efeito borboleta”.

distanciadas. Por essa razão, não parece se confirmar empiricamente a afirmação de que, em relação aos direitos difusos, “instaura-se uma união tão firme, que a satisfação de um só implica de modo necessário a satisfação de todos e, reciprocamente, a lesão a um só constitui, *ipso facto*, lesão da inteira coletividade”<sup>119</sup>.

Outra obscuridade no debate atual quanto à titularidade dos direitos transindividuais é se a referência a todos ou à sociedade se dirige a todos os habitantes (ou à sociedade) do Brasil, e de cada Estado reconhecido pela ordem jurídica internacional, ou se existiria uma titularidade transnacional desses bens. Em outras palavras, o meio ambiente brasileiro é de todos os brasileiros ou de todos os habitantes do planeta? Essa informação fica usualmente oculta por trás do caráter “indeterminado e indeterminável” do grupo ou dos indivíduos titulares do direito<sup>120</sup>. No entretanto, esse dado é crucial. Pretender que um direito difuso pertence apenas à população ou à sociedade brasileira soa como fundar o conceito em uma visão nacionalista do século XIX, desvinculada do mundo global, caracterizado fundamentalmente pela transnacionalização da regulação do Estado-nação e pela progressiva irrelevância das fronteiras políticas<sup>121</sup>. A recorrência de conflitos coletivos transnacionais demonstra o anacronismo dessa pretensão. Ricardo Luis Lorenzetti nota que, com o surgimento da sociedade de massa e da economia global, regidas pela evolução tecnológica, criam-se inúmeros riscos que têm o potencial de se expandir para além das fronteiras nacionais<sup>122</sup>. Também Michele Taruffo atenta para o problema, observando que “no atual mundo globalizado, a administração da justiça e a proteção de direitos não podem ser consideradas –

<sup>119</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito Processual Civil*: terceira série. São Paulo: Editora Saraiva, 1984, p. 174.

<sup>120</sup> Gidi, ao contrário da maioria, observa, em nota de rodapé, que seu uso de comunidade não se refere à comunidade brasileira como um todo, mas uma comunidade “fluida e mais ou menos ampla, a depender do direito material em questão”. Apesar disso, o autor não soluciona o problema aqui debatido porque insiste que essa comunidade é formada de pessoas indeterminadas e indetermináveis, bem como que a questão da determinabilidade dessas pessoas é “questão absolutamente irrelevante e dispensável para a sua proteção em juízo”. GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 22. O que se pretende demonstrar aqui, no sentido oposto ao defendido pelo ilustre autor, é que essa questão não é nem irrelevante nem dispensável para a adequada proteção desses direitos em juízo.

<sup>121</sup> Ver, nesse sentido, SANTOS, Boaventura de Souza. *La Globalizacion Del Derecho*: los nuevos Caminos de La regulacion y la emancipacion. Bogotá: ILSA, 1998, p. 74 e ss.

<sup>122</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. *Justicia colectiva*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2010, p. 13.

como tem sido até agora – como questões pertencentes apenas à soberania pós-wesphaliana de estados-nação”<sup>123</sup>.

Por outro lado, poucos parecem confortáveis em sustentar que um direito transindividual pertence, em igual medida, a todos os cidadãos do planeta. Isso significaria admitir ou, pelo menos, abrir caminho para a possibilidade de que a jurisdição de um país tutele o meio ambiente localizado em outro país, já que ele pertence, igualmente, a todos os habitantes do planeta. Assim, por exemplo, um cidadão norte-americano poderia ingressar com ação coletiva, perante o Poder Judiciário norte-americano e de acordo com as regras daquele país, questionando os efeitos da construção da Usina Hidrelétrica de Belo Monte<sup>124</sup> para o ecossistema global. Do mesmo modo, seria necessário admitir que uma associação ambiental brasileira pudesse ajuizar ação civil pública, no Brasil, questionando a construção da usina hidrelétrica de Três Gargantas, na China, alegando, pura e simplesmente, a ocorrência de um dano ao meio ambiente, que é direito de todos os habitantes do planeta. Ainda que essa talvez pudesse ser, na visão de um ambientalista mais radical, a situação ideal, ela é utópica. Nada indica a possibilidade de mobilização do aparato estatal para condenar, transnacionalmente, um empreendimento realizado por outro país, em razão da lesão que provoca no ecossistema global. É fácil perceber que o interesse transnacional na preservação do meio ambiente planetário não pode ser, e efetivamente não é, reputado igualmente acentuado em relação ao interesse das pessoas que residem no local em que o dano se manifesta. Apenas em questões efetivamente mundiais, como o aquecimento global, que não podem ser resolvidas localmente, se poderia afirmar um interesse mundial uniforme. Todavia, pelo menos até agora, essa questão tem avançado internacionalmente

---

<sup>123</sup> TARUFFO, Michele. Notes on the collective protection of rights. In: *I Conferencia Internacional y XXIII Jornadas Iberoamericanas de derecho procesal: procesos colectivos class actions*. Buenos Aires: International Association of Procedural Law y Instituto Iberoamericano de derecho procesal, 2012, p. 23-30. A citação está na p. 27.

<sup>124</sup> A Usina Hidrelétrica de Belo Monte, no Pará, é um caso emblemático para a questão dos impactos ambientais provocados por barragens no Brasil. Até o momento em que a presente tese era escrita, o Ministério Público Federal já havia ajuizado nada menos que vinte e três ações civis públicas demandando a paralisação das obras, sem obter sucesso em qualquer delas. Ainda no momento da redação, a usina se encontrava em construção e os impactos sociais e ambientais já eram tão grandes que o jornal Folha de São Paulo publicou um livro eletrônico com uma série de reportagens sobre a usina. A obra está disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/especial/2013/belomonte/>>. Acesso em 19.05.2014. Em relação à atuação do Ministério Público, ver [http://www.prpa.mpf.mp.br/news/2014/arquivos/Tabela\\_de\\_acompanhamento\\_atualizada\\_Mar\\_2014\\_adendo\\_junho\\_2014.pdf](http://www.prpa.mpf.mp.br/news/2014/arquivos/Tabela_de_acompanhamento_atualizada_Mar_2014_adendo_junho_2014.pdf). Acesso em 11.6.15.



apenas por vias diplomáticas, não havendo indícios de que possa ser tutelada jurisdicionalmente<sup>125</sup>.

Ao final, cumpre observar que Remo Caponi também percebeu a insuficiência da classificação dos direitos transindividuais como indivisíveis, e pressentiu a necessidade de uma subclassificação, embora adotando perspectiva diversa da aqui defendida. Para o autor, é necessário diferenciar os direitos transindividuais que também têm uma dimensão individual, como, por exemplo, a proteção do mercado concorrencial, dos direitos transindividuais que têm apenas dimensão transindividual, como seria o caso da publicidade enganosa<sup>126</sup>. Ainda que se possa divergir, tanto dos exemplos, quanto da solução proposta do autor, o que é relevante notar, no momento, é que o dogma da indivisibilidade deve ser questionado, porque não corresponde à realidade<sup>127</sup>. Trata-se de uma ferramenta utilizada para complementar e, talvez, mascarar a inadequação da formulação da titularidade indeterminada e indeterminável dos bens transindividuais. A indeterminação só é aceitável se a lesão for indivisível, porque, nesse caso, é irrelevante saber quem foi

---

<sup>125</sup> No momento em que a presente tese era escrita, diplomatas de 196 países, reunidos em Lima, no Peru, chegaram, em 14 de dezembro de 2014, ao primeiro acordo global para a redução de emissão de gases resultantes da queima de combustíveis fósseis, mais de duas décadas depois da Rio 92, a primeira reunião paradigmática sobre o assunto.

<sup>126</sup> CAPONI, Remo. Tutela collettiva: interessi proteti e modelli processuale. In: BELLELLI, Alessandra (org.). *Dall'azione inibitoria all'azione risarcitoria collettiva*. Padova: CEDAM, 2009, p. 129-142. Os exemplos do autor são, de fato, questionáveis, mas estão condicionados por peculiaridades de atribuição de legitimidade do ordenamento jurídico italiano e pelos objetivos que ele propõe no seu estudo, que são distintos dos enfocados aqui. Caponi distingue a cessação de uma conduta lesiva à concorrência da cessação relativa à publicidade enganosa. No primeiro caso, haveria lesão a interesses individuais em conjunto com os transindividuais e no segundo, não. Essa distinção só parece relevante quando se imagina uma publicidade que, efetivamente, não enganou a qualquer pessoa, ainda que tivesse potencial para tanto, bem como uma conduta concorrencial que não permaneceu apenas no âmbito da combinação entre os agentes econômicos – que já é punível, no direito brasileiro – mas que efetivamente atingiu o objetivo de lesar os concorrentes ou os consumidores. O problema é que fazer essa diferenciação inviabiliza a comparação, pois se compara uma conduta de potencial lesivo não concretizado com outra de potencial lesivo concretizado.

<sup>127</sup> Mesmo quando a doutrina tradicional questiona a indivisibilidade, ela o faz apenas para ressaltar que é possível a ocorrência de lesões a direitos individuais, esses sim, divisíveis, no mesmo contexto de lesões transindividuais, indivisíveis. Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual de acordo com a Constituição de 1988*. São Paulo: Editora Forense Universitária, p. 51. Curiosamente, na conclusão do referido texto, Ada Pellegrini Grinover afirma que, para a tutela de direitos difusos divisíveis, deveria haver “efetiva informação e possibilidade de intervenção asseguradas concretamente aos interessados”. Todavia, o que a autora chama de direitos difusos divisíveis, conforme mencionado, seriam direitos individuais lesados no contexto de uma lesão difusa, o que, para a doutrina atual, seriam direitos individuais homogêneos, categoria ainda inexistente por ocasião da publicação do artigo. O que se sustenta aqui é a divisibilidade das lesões transindividuais propriamente ditas, uma vez que, ainda que o bem jurídico seja indivisível, os efeitos da lesão são sentidos de modos distintos pelos atingidos.

lesado. Entretanto, essa formulação é incompatível com a realidade dos conflitos transindividuais, na qual é perceptível que indivíduos ou grupos de indivíduos podem ser mais gravemente impactados que o restante da sociedade, dependendo das características da lesão.

## 2.5 A conflituosidade

Amalgamada à caracterização dos direitos transindividuais como indivisíveis e de titularidade indeterminada está a noção de que eles são caracterizados por sua “conflituosidade”<sup>128</sup>. Rodolfo de Camargo Mancuso foi quem mais eloquentemente atentou para o problema, com o seguinte exemplo:<sup>129</sup>.

(...) a marcante conflituosidade deriva basicamente da circunstância de que todas essas pretensões metaindividuais não têm por base um vínculo jurídico definido, mas derivam de situações de fato, contingentes, por vezes até ocasionais. Não se cuidando de direitos violados ou ameaçados, mas de interesses (conquanto relevantes), tem-se que nesse nível, todas as posições, por mais contrastantes, parecem sustentáveis. É que nesses casos de interesses difusos não há um parâmetro jurídico que permita um julgamento axiológico preliminar sobre a posição “certa” e a “errada”. Exemplo sugestivo ocorreu no Rio de Janeiro, quando da construção do chamado “sambódromo”, o qual gerou conflitos metaindividuais entre os interesses ligados à indústria do turismo versus os interesses dos cidadãos e associações, contrários à construção de um local permanente para os desfiles das escolas de samba.

É certo que, na realidade empírica, muitas vezes se encontram interesses contrapostos, afirmados a partir da mesma situação subjacente, sem que se possa imaginar, de imediato, que uma posição esteja certa e outra, errada. A queima da palha da cana-de-açúcar, por exemplo, por mais repreensível que seja do ponto de vista ambiental, viabiliza a colheita manual do produto, de forma que a sua proibição

<sup>128</sup> PRADE, Péricles. *Conceito de interesses difusos*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987, p. 50, atribui a Ada Pellegrini Grinover a adoção do termo no direito brasileiro, a partir da tradução do termo “conflittualità”, utilizado por Massimo Villone. CAPPELLETTI, Mauro. Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile. In: *Rivista di Diritto Processuale*, n. 30, p. 361-402, 1975, também faz referência à “conflittualità di massa” que caracteriza a sociedade contemporânea.

<sup>129</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 6ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p.93 e ss., no sentido de que os direitos difusos são caracterizados pela indeterminação dos sujeitos, a indivisibilidade do objeto, a intensa conflituosidade e a duração efêmera. O trecho citado está na p. 103.

pode acarretar elevação acentuada do desemprego em certas localidades, causando, assim, lesão a essas municipalidades e seus habitantes, com o comprometimento de outros valores sociais, tais como a saúde, a educação e a segurança pública. Logo, o combate a uma conduta ambientalmente lesiva pode causar prejuízos aos próprios integrantes da comunidade que se beneficiaria imediatamente da sua eliminação.

Essa percepção de que uma mesma situação concreta contém em si interesses conflitantes já representa um avanço em relação às formulações originais relativas ao processo coletivo, ainda na década de 1980. Barbosa Moreira, em passagem muito citada, indagava-se acerca da irreparabilidade das lesões difusas, nos seguintes termos<sup>130</sup>:

Quem será o lesado quando se deixa ruir um exemplar precioso da nossa arquitetura barroca, ou quando se autoriza a instalação de indústria poluente junto a uma praia onde o povo costuma banhar-se, ou quando se sonegam ao público informações sobre circunstâncias que aconselham a adoção, por todos, de cautelas especiais para a defesa da saúde? (...) Como recuperar a obra de arte destruída? Quem trará de volta os pássaros afugentados pelo desmatamento, os peixes mortos pelos detritos lançados à água (...)

Esses exemplos não se resolvem com a aparente simplicidade com a qual são postos. A autorização para a instalação de uma indústria poluente pode ter levado em conta outros fatores, como um juízo administrativo entre a quantidade de frequentadores da praia e o avanço social passível de ser proporcionado pelo empreendimento. Via de regra, a conduta humana é poluente, encarregando-se a legislação ambiental de sopesar o impacto da poluição e o benefício da atividade. A sonegação de informações acerca de cautelas para a defesa da saúde pode ter sido fundada em dúvida científica acerca de sua eficácia, e assim por diante. Enfim, o processo coletivo vem demonstrando, no dia-a-dia dos seus trinta anos de aplicação no Brasil, que existem mais situações em que a solução para uma demanda coletiva é incerta e conflituosa, como exemplifica Mancuso, do que situações em que ela é evidente e seria alcançada pela simples adoção ou abstenção de uma conduta. Na

---

<sup>130</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito processual Civil*. 3ª. Série. São Paulo: Editora Saraiva, 1984, p. 178.

terminologia comum entre os administrativistas, a zona de penumbra<sup>131</sup> em relação aos conflitos coletivos é maior que a zona de certeza<sup>132</sup>.

Todavia, ainda que a percepção acerca da conflituosidade inerente aos direitos transindividuais seja correta, a doutrina não conseguiu desenvolver solução para além dela. Se existe o conflito, qual deve ser a conduta do juiz? Mancuso não explica exatamente os detalhes do litígio relacionado ao sambódromo do Rio de Janeiro, nem se ele chegou ao Judiciário, mas, supondo que chegasse, bastaria ao juiz avaliar a situação abstratamente, de acordo com suas convicções e sua percepção do direito, para permitir ou não a construção? Ou ele estaria vinculado, de algum modo, a fomentar a participação de cada um dos grupos, ouvindo-os e levando em consideração os seus interesses? Não responder a essas questões implica tratar a conflituosidade como um elemento exótico, mas inútil, do conceito de direitos transindividuais.

O oferecimento de uma proposta de solução demanda apreciação dessa característica sob prisma diverso. A conflituosidade não é um complemento da indivisibilidade dos direitos difusos, mas uma mitigação dela. Se há diferentes interesses no seio do mesmo litígio coletivo, isso significa que uma decisão não vai dar a todas as pessoas a mesma tutela. Se a construção do sambódromo opõe interesses turísticos e outros interesses de igual relevo social, isso significa que diferentes pessoas, que participam desse litígio, terão seus interesses tutelados de modo diverso, de acordo com sua posição em relação à decisão judicial. Apenas a decisão de permitir, impedir ou condicionar a realização do empreendimento é indivisível, não o impacto que acarreta sobre as pessoas envolvidas. Não é correto

---

<sup>131</sup> HECK, Philipp. *El problema de la creación del derecho*. Traducción de Manuel Enteriza. Barcelona: Ediciones Ariel, 1961, p. 76.

<sup>132</sup> Também é acertada a percepção de ZAPATER, Thiago Cardoso. *Interesses difusos na teoria jurídica: conflituosidade e jurisdicionalização da política*. (Dissertação de mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Orientadora: Professora Doutora Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida. São Paulo, 2007, p. 90, ao afirmar: “As indústrias poluidoras estão no meio ambiente. As pessoas vitimadas pela poluição (dentre as quais se incluem os donos das indústrias) são consumidoras das indústrias. Armamentistas e não-armamentistas são legitimamente interessados na paz, que pode ser atingida pela intimidação das armas ou pelo desarmamento total”.

afirmar que essa decisão, seja qual for, atenderá ou desatenderá, na mesma medida, os interesses de todos os integrantes da sociedade<sup>133</sup>.

O caráter conflituoso dos direitos transindividuais, quando devidamente elaborado, é mais um indício do equívoco na forma como foi definida sua titularidade. A percepção de que um direito, que seria “de todos”, quando lesado e tutelado, satisfaz de modo diferente cada um desses “todos”, demonstra que a relação dessas pessoas com o direito que titularizam não pode ser idêntica, como até aqui os estudiosos pressupuseram ou expressamente afirmaram. Se três pessoas são titulares do mesmo meio ambiente, mas uma teria seus interesses fortemente atingidos em razão de uma providência decorrente da procedência de uma demanda, enquanto a segunda teria algo a perder com o julgamento de improcedência da mesma ação e a terceira seria indiferente a ambos os resultados, é difícil enxergar como as três podem ser, de modo idêntico, titulares desse direito. Essa incompatibilidade entre a teoria e a realidade decorre da incompleta definição tanto do grupo afetado pela decisão, quanto do significado sociológico do caráter conflituoso das relações entre seus integrantes.

Na Sociologia clássica, a discussão acerca do conflito girava primordialmente em torno da sua inevitabilidade nas formações sociais, ou antes delas. Hobbes<sup>134</sup> é o primeiro autor a se preocupar com a questão, ainda no campo da política, que depois será tratada, no âmbito sociológico, por Durkheim, Marx, Comte e Tönnies<sup>135</sup>. Na perspectiva originária de Hobbes, a sociedade era o remédio para o conflito inerente ao estado de natureza. “A ordem seria portanto incompatível com a expressão dos desacordo”<sup>136</sup>. Não leva muito tempo para que Marx e Tönnies invertam esse raciocínio – embora com conclusões distintas – para demonstrar que o estado de natureza é onde reina a harmonia da concórdia e da solidariedade

---

<sup>133</sup> DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação Civil Pública*. São Paulo: Editora Saraiva, 2001, p. 53, afirma a concepção aqui criticada, nos seguintes termos: “nos interesses difusos, o objeto (ou o bem jurídico) é indivisível, na medida em que não é possível proteger um indivíduo sem que essa tutela não atinja automaticamente aos demais membros da comunidade que se encontram na mesma situação. Ou atinge todos, ou não atinge ninguém”

<sup>134</sup> HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Editora Martin Claret, 2001.

<sup>135</sup> BIRNBAUM, Pierre. Conflitos. In: BOUDON, Raymond (org.) *Tratado de Sociologia*. Tradução de Tereza Curvelo. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1995, p. 247-282.

<sup>136</sup> BIRBAUM, cit., p. 250.

orgânica. A sociedade, ao isolar os homens, é o espaço dos conflitos. Tanto na perspectiva de Marx, quanto na de Tönnies, o problema apontado por Birbaum, é a ausência de espaço para a expressão desses conflitos. Eles se fazem presentes em uma situação transitória, intermediária, que deve, inevitavelmente, ceder espaço à ordem e à pacificação. O conflito é “tão ‘patológico’ em Marx como em Durkheim”<sup>137</sup>, embora para o primeiro decorra das relações de produção<sup>138</sup> e, para o segundo, da divisão do trabalho<sup>139</sup>. É por isso que nenhum dos dois permite que se construa uma teoria do conflito.

Com Weber, a luta se transforma em um elemento de toda relação social, que não pode ser eliminado na realidade de qualquer vida cultural, de modo que não se concebe que o conflito possa vir a acabar algum dia<sup>140</sup>. Posteriormente, seguindo essa linha, Simmel elaborará aquela que é reputada a primeira teoria do conflito<sup>141</sup>, afirmando que este tem a missão de atuar sobre os fatores de dissociação, reconstruindo uma certa unidade no grupo social. Por isso, ele nada tem de patológico, mas é “plenamente normal e esta é uma maneira de ser vital para o funcionamento da sociedade”<sup>142</sup>. “Um grupo absolutamente centrípeto e harmonioso, uma união pura, não só é empiricamente irreal, como não poderia mostrar um processo de vida real”<sup>143</sup>. A sociedade, para alcançar sua configuração, precisa tanto de harmonia quanto de desarmonia, de associação e competição, de tendências favoráveis e desfavoráveis. Assim, se a sociedade é o resultado dessas duas categorias de interação, ambas devem ser reputadas positivas. Não é certo que a concordância constrói e a discordância destrói. Ambas compõem a síntese

---

<sup>137</sup> Idem, p. 253.

<sup>138</sup> MARX, Karl. ENGELS, Friederich. *Manifesto comunista*. Tradução de Álvaro Pina. São Paulo: Boitempo Editorial, 2005.

<sup>139</sup> DURKHEIM, Émile. *Da divisão social do trabalho*. Tradução de Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1999.

<sup>140</sup> Cf. WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da Sociologia compreensiva*. Vol. 1. Tradução de Regis Barbosa e Karen E. Barbosa. São Paulo: Imprensa Oficial e Editora UNB, 2004. Ver também BIRBAUM, cit., p. 256 e COHN, Gabriel. Introdução. In: WEBER, Max. *Sociologia*. 7. ed. São Paulo: Editora Ática, 2003, p. 16, afirmando que a ideia de luta “desempenha um papel fundamental no esquema weberiano”.

<sup>141</sup> O principal trabalho do autor sobre o assunto é “A natureza sociológica do conflito” e está em SIMMEL, Georg. *Sociologia*, cit., p. 122 a 134.

<sup>142</sup> BIRBAUM, cit., p. 257.

<sup>143</sup> SIMMEL, Georg. *Sociologia*, cit., p. 124.

total de um grupo de pessoas, de forma que do desaparecimento de forças de repulsão não resulta, necessariamente, uma vida social melhor<sup>144</sup>.

Contemporaneamente, um dos principais teóricos do conflito é Lewis Coser<sup>145</sup>, o qual, na mesma linha de Simmel, ressalta o papel construtivo dessa categoria na sociedade. O conflito é um elemento essencial para a formação e persistência dos grupos, tão essencial quanto a cooperação. Ao contrário do que se imagina, afirma Coser, uma sociedade sem conflito não seria mais estável. A estabilidade será tão maior quanto mais os conflitos internos puderem se manifestar<sup>146</sup>. O conflito “previne a ossificação do sistema social, por exercer pressão em favor da inovação e da criatividade”<sup>147</sup>. No mesmo sentido, Kriesberg ressalta que os conflitos, muitas vezes, são mecanismos para incrementar a justiça<sup>148</sup>.

Remo Entelman busca transpor o conflito como categoria sociológica para o campo jurídico. Segundo o autor, a prevalência das teorias positivistas na modernidade gerou a crença de que, conhecendo o inventário de sanções, seria possível saber, de antemão, as obrigações e direitos de cada indivíduo. Entretanto, a observação da vida demonstra que as pessoas não percebem, cotidianamente, a diferença entre uma pretensão juridicamente fundada e outra infundada. Mais que isso, há conflitos que surgem de comportamentos antagônicos que, entretanto, não são proibidos<sup>149</sup>.

---

<sup>144</sup> SIMMEL, Georg. *Sociologia*, cit., p. 126.

<sup>145</sup> COSER, Lewis. *The functions of social conflict: an examination of the concept of social conflict and its use in empirical sociological research*. New York: The Free Press, 1964.

<sup>146</sup> Ao contrário do que se afirma no texto, BIRBAUM, cit., p. 260, entende que Coser acaba se afastando de Simmel e, no final de sua teoria, vai ao encontro de uma perspectiva integradora na linha de Parsons.

<sup>147</sup> COSER, Lewis. Social conflict and the theory of social change. In: *The British Journal of Sociology*. Vol. 8, No. 3. (Sep., 1957), pp. 197-207. A citação está na p. 197.

<sup>148</sup> KRIESBERG, Louis. Constructive conflicts. In: YOUNG, Neil J. (org.). *The Oxford international encyclopedia of peace*. Vol. 1. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 476.

<sup>149</sup> ENTELMAN, Remo F. *Teoría de conflictos: hacia un nuevo paradigma*. Barcelona: Gedisa, 2005, p. 26-27. O autor esclarece, mais adiante, que o ordenamento jurídico seleciona condutas que são classificadas como ilícitas, e isso gera um inevitável raciocínio segundo o qual, sempre que em uma relação social há pretensões incompatíveis, se pergunta quem é o titular do direito e quem está obrigado. Embora isso seja verdadeiro em alguns casos, o autor afirma que, na maioria das hipóteses, não estará proibido a nenhuma das partes ter a pretensão que têm. Assim, o conflito entre eles é juridicamente lícito e nenhum deles tem o apoio ou proteção do direito para obter seu objetivo. O direito não privilegiou a pretensão nem de um nem de outro, embora elas sejam incompatíveis entre si (p. 54). São os conflitos permitidos. Isso não significa, ao contrário do que se costuma pensar, que não haja conflito. Em razão da norma de fechamento do sistema (tudo o que não é proibido é permitido), o direito se desatentou para o problema do conflito, pois se induz o raciocínio de que só pode haver conflito quando alguém pratica um ilícito (p. 55). Há, por essa razão, um

Nesses termos, o fato dos direitos transindividuais serem conflituosos não significa que essa característica não exista em outros campos do direito, mesmo de titularidade individual, embora de modo mais sutil. O que varia é a intensidade do conflito, e não a sua presença na sociedade.

A variação da intensidade do conflito é essencial para a correta compreensão dos direitos transindividuais. Em algumas situações, o conflito será indistinguível do próprio direito afirmado em juízo, de modo que o processo não será um “meio de solução de conflitos metaindividuais”<sup>150</sup>. Ele tratará desses conflitos, atribuindo-lhes soluções parciais, que decorrem de seu próprio escopo finito no tempo – todo processo tem fim – mas o direito, após o processo, poderá ser tão ou mais conflituoso do que era antes dele. O processo coletivo realiza a ideia de Carnelutti, para quem o processo talvez consiga apenas “fazer que cesse a contenda, o que não quer dizer fazer que cesse o conflito, que é imanente”<sup>151</sup>.

## 2.6 Um novo conceito de direitos transindividuais

A correta conceituação dos direitos transindividuais depende de uma reaproximação com a Sociologia<sup>152</sup>. A teoria brasileira se valeu de conceitos sociológicos, tais como

---

“número infinito de conflitos que o direito desdenha porque se dão entre pretensões incompatíveis, mas igualmente permitidas ou não sancionadas” (p. 58).

<sup>150</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. Novas tendências da tutela jurisdicional dos interesses difusos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual de acordo com a Constituição de 1988*. São Paulo: Editora Forense Universitária, 1990, p. 9.

<sup>151</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do Processo Civil*. Vol. 1. Tradução de Adrián Sotero de Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000.

<sup>152</sup> Conforme já se demonstrou, a doutrina brasileira do processo coletivo é avessa a buscar na Sociologia os fundamentos de seu estudo, valendo-se, de modo geral, de definições de dicionário para os conceitos relativos a essa ciência. Hermes Zaneti Jr. e Fredie Didier Jr., por exemplo, abrem um tópico em sua obra para tratar dos “fundamentos sociológicos e políticos da ação coletiva”. Apesar do título, nenhuma das referências do tópico é de sociólogos. Cf. DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. 3. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2008, p. 36-39. A mesma observação pode ser feita ao trabalho de Kazuo Watanabe, quando alude a um “conceito sociológico” de interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, sem se valer de qualquer referência sociológica. Ver GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JR, Nelson. *Código de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed, vol II. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 80.



sociedade, grupo, comunidade, coletividade, sem, entretanto, buscar o conteúdo desses conceitos em sua ciência de origem, o que a aprisionou em formulações incompletas e tautológicas. A leitura dos trabalhos originais da década de 1980, que ainda são os pilares dessa conceituação, demonstra que os autores, quando falavam em “sociedade”, se referiam, inconscientemente, à linha sociológica da sociedade como estrutura. Imaginava-se uma sociedade orgânica, existente independentemente dos indivíduos que a compõem e, por isso, com um interesse que poderia ser investigado não com base nos fatos, mas com base em abstrações.

O único modo de aplicar esse conceito de sociedade, organicamente considerada, ao processo coletivo, seria entender que a sociedade coincide com o Estado, eis que a única entidade que pode efetivamente pretender representar todas as pessoas que habitam o território de um país, pelo menos na atualidade, é o Estado. Contudo, já se esclareceu que essa atribuição é indesejável, porque transformaria o Estado nacional em depositário exclusivo de todos os direitos da sociedade, permitindo, tal como se discute no caso *Chevron v. Ecuador*, que ele autorize soberanamente sua lesão. Essa atribuição também é incompleta, porque desconsidera o mundo pós-globalização, a superação do paradigma do Estado-nação e a existência de relações sociais virtuais e transfronteiriças.

O conceito de direitos transindividuais existe exatamente porque a proteção dos bens transindividuais enquanto propriedade ou interesse estatal, que vigorava na primeira metade do século XX, foi julgada insuficiente pelos juristas. Essa insuficiência é retratada pela constatação de que o Estado é, em um considerável número de demandas, o responsável pela própria violação dos direitos difusos<sup>153</sup>. Se o Estado é o titular desses interesses, e se eles não têm conteúdo pré-definido, seria difícil caracterizar a violação. Por exemplo, não há, nem na lei, nem na Constituição, definição concreta do que seja “meio ambiente ecologicamente equilibrado”<sup>154</sup>.

---

<sup>153</sup> Ainda que as pesquisas quantitativas acerca dos direitos difusos sejam reduzidas, Luís Werneck Vianna constatou, ao analisar as ações civis públicas ajuizadas pelo Ministério Público Estadual no Rio de Janeiro, de 1997 a 2001, que o Estado era réu em 29,2% dos casos relacionados ao meio ambiente. VIANNA, Luís Werneck. *Revolução processual do direito e democracia progressiva*. In: VIANNA, Luís Werneck (org.) *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, p. 466.

<sup>154</sup> Paulo de Bessa Antunes, por exemplo, atenta para o fato de que o consumo de recursos naturais está profundamente vinculado ao padrão de desenvolvimento adotado por cada país. ANTUNES,

Assim, o Estado, ao aprovar, no exercício de sua atividade administrativa, o licenciamento ambiental de uma obra, estaria apenas concretizando o conceito aberto de equilíbrio ambiental, o que lhe daria margem de liberdade para atuar, eventualmente, em prejuízo da sociedade. Adotar uma visão organicista de sociedade significa regredir a proteção dos direitos transindividuais ao que já existia antes de todo o avanço conceitual da segunda metade do século XX. Em síntese, um conceito de titularidade de direitos transindividuais que trate a sociedade com sinônimo de Estado nacional territorial não é desejável nem compatível com a realidade atual.

#### 2.6.1 Premissas para uma nova conceituação: dos direitos aos litígios transindividuais

Resta saber, a partir dos apontamentos anteriores, de que modo é possível avançar na definição da titularidade dos direitos transindividuais. A proposta da presente tese é no sentido de que há necessidade de que os direitos transindividuais, em decorrência de seu variado perfil, sejam cindidos em três categorias, de acordo com a sociedade que os titulariza, sob a perspectiva da lesão ou ameaça de lesão que é afirmada no processo e que sustenta a pretensão de tutela. A compreensão dessas três categorias, contudo, demanda o estabelecimento de duas premissas teóricas, a primeira, relacionada ao objeto conceituado e, a segunda, relativa aos conceitos de conflituosidade e complexidade.

Primeiramente, a titularidade dos direitos transindividuais só pode ser definida, com algum sentido, quando se está tratando de sua violação, ou seja, no contexto de um litígio coletivo. Não importa de quem é o meio ambiente de uma ilha virgem e deserta, que se localize no meio do Oceano Pacífico. Pelo menos não até que ele seja lesado ou, pelo menos, ameaçado. Discutir a titularidade dos direitos transindividuais, enquanto permanecem íntegros, é um exercício que, para os

propósitos da presente tese e da operação do sistema processual, carece de utilidade. Da mesma forma que, para Bauman<sup>155</sup>, a sociedade é um conceito performativo, que cria a entidade que nomeia, a titularidade dos direitos transindividuais somente pode ser definida a partir da sua violação ou ameaça de violação, ou seja, do litígio coletivo<sup>156</sup>. Trata-se de um exercício análogo ao de Savigny, que buscou o conceito de ação a partir da violação do direito, capaz de alterar o seu estado<sup>157</sup>, ou ao de Clóvis do Couto e Silva, que percebeu a necessidade de estudar a obrigação cindindo a fase de nascimento e desenvolvimento dos deveres da fase do adimplemento<sup>158</sup>.

Os direitos transindividuais, enquanto íntegros, não compõem o patrimônio de pessoas específicas, não têm valor econômico, não podem ser transacionados ou apreendidos individualmente, nem usufruídos em cotas. Mas isso não significa que, dada a prática do ilícito ou a existência de lesão ou ameaça de lesão ao direito, os litígios transindividuais necessariamente atinjam ou interessem, da mesma forma, todas as pessoas, conforme já foi constatado anteriormente. O dogma da indivisibilidade visualizou os direitos transindividuais em situação de integridade, o que inviabilizou a percepção de que a intensidade com a qual os indivíduos são atingidos por sua lesão é empiricamente variável. Essa variação é pressuposto da conceituação que se pretende elaborar, a qual enfocará primeiramente os litígios

---

<sup>155</sup> BAUMAN, Zygmunt. Between us, the generations. In: LAROSSA, Jorge (org.). *On generations: On the coexistence between generations*. Barcelona: Fundació Viure i Conviure, 2007, pp. 365-376.

<sup>156</sup> Por brevidade, se deixará de repetir a expressão “ou ameaça de violação” daqui por diante, ficando entendido que, sempre que se trata de violação, não se está pressupondo um apenas a lesão já consumada, mas também a ameaça de lesão, que ensejaria a tutela inibitória, ou ainda a simples prática do ato proibido, que acarretaria a tutela de remoção do ilícito. Ver ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, especialmente p. 184 e ss e também MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, especialmente p. 199 e ss.

<sup>157</sup> “Cuando examinamos un derecho bajo la relación especial de su violación, nos aparece en un estado nuevo, el estado de defensa: y así la violación, de igual manera que las instituciones establecidas para combatirla, reobran sobre el contenido y la esencia del derecho mismo”. SAVIGNY, M.F. C. *Sistema del derecho romano actual*. Tomo IV. Traduzido por M. CH. Guenoux. Madrid: F. Góngora Y Compañía, editores, 1879, p. 8. Sobre Savigny e o conceito de ação, ver MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 163.

<sup>158</sup> SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2006, p. 43.

transindividuais<sup>159</sup>. Desse modo, o ponto de partida para a definição da titularidade dos direitos transindividuais deve ser a situação litigiosa, não o direito íntegro.

Em segundo lugar, cabe um esclarecimento do sentido que se atribui aos conceitos de complexidade e conflituosidade. Complexidade é um elemento que deriva das múltiplas possibilidades de tutela de um direito. Um litígio coletivo será complexo quando se puder conceber variadas formas de tutela jurídica da violação, as quais não são necessariamente equivalentes em termos fáticos, mas são igualmente possíveis juridicamente. Assim, por exemplo, um litígio coletivo sobre a despoluição de um rio é complexo, porque há inúmeras formas pelas quais o resultado prático desejado pode ser obtido, sem que se possa dizer, *a priori*, que uma delas seja a correta, técnica ou juridicamente. Quanto mais variados forem os aspectos da lesão e as possibilidades de tutela, maior será o grau de complexidade do litígio<sup>160</sup>.

A conflituosidade, por sua vez, é um elemento que deve ser avaliado a partir da uniformidade das posições dos integrantes da sociedade em relação ao litígio. Quanto menor for a uniformidade do impacto sobre tais integrantes, ou seja, quanto mais variado for o modo como forem atingidos pela lesão, maior será a conflituosidade. Como as pessoas tendem a preferir soluções que favoreçam a suas próprias situações, a diversidade de impactos fará com que elas passem a divergir entre si acerca de qual o resultado desejável do litígio. Conflituosidade é, portanto, uma característica endógena ao grupo titular, enquanto a complexidade lhe é exógena.

Complexidade e conflituosidade são elementos variáveis nos litígios transindividuais<sup>161</sup>. Empiricamente, eles estão relacionados, embora não sejam codependentes. Ambos tendem a aumentar, quanto mais graves forem as lesões e quanto mais duramente atingirem a população, porque, via de regra, lesões graves

---

<sup>159</sup> Para os fins do presente trabalho, as expressões litígios transindividuais ou litígios coletivos, ou ainda, litígios de grupo, são tratadas como sinônimas.

<sup>160</sup> Também se vale do conceito de complexidade no contexto da tutela coletiva, embora com outro sentido, GAVROSNKI, Alexandre Amaral. *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 44.

<sup>161</sup> Ao contrário do que afirma, por exemplo, Rodolfo de Camargo Mancuso. Apesar da interessante análise do caráter conflituoso desses direitos, elaborada pelo autor, ele parece sustentar que essa característica é constante em todos os direitos transindividuais. Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 80.

apresentam mais alternativas de tutela, gerando complexidade, ao mesmo tempo que tendem a impactar sobre os indivíduos de modos variados, acarretando potencial de conflito entre os envolvidos. Essa tendência, contudo, não implica uma relação necessária entre complexidade e conflituosidade. Muitos conflitos ambientais são complexos, admitindo várias possibilidades de tutela, mesmo que não sejam conflituosos, já que o dano provocado aos indivíduos que compõem a sociedade é uniforme<sup>162</sup>.

## 2.6.2 A incerteza e os litígios transindividuais

A proposta que ora se apresenta, com base nas premissas supra enunciadas, é a de que, quando vistos sob o prisma do litígio, os direitos transindividuais pertencem não “à sociedade”, ou “a todos”, mas a acepções distintas de sociedade, definidas a partir de parâmetros sociológicos. Trata-se de analogia com uma premissa da mecânica quântica. De acordo com o princípio da incerteza de Heisenberg, o ato de medir a posição de uma partícula subatômica só é possível pela interação da partícula com um instrumento de medição. Todavia, essa interação acarreta alteração de sua posição, o que faz com que a medição só seja válida para o momento em que ocorre, sendo impossível, em razão dela, determinar a posição da partícula em qualquer outro momento, anterior ou posterior à sua realização<sup>163</sup>. Da mesma forma que o universo quântico não se comporta de acordo com a mecânica newtoniana, os direitos transindividuais não se comportam como os demais direitos. Eles existem na sociedade em um estado de indeterminação, não sendo possível

<sup>162</sup> Vincenzo Vigoriti procurou diferenciar o grau de conflituosidade entre os interesses existentes na sociedade: “La gamma delle relazioni possibili vede ai due estremi, da un lato, l’indifferenza fra gli interessi (per cui il soddisfacimento di una aspirazione non tocca né pregiudica il soddisfacimento dell’altra) e, dall’altro, il conflitto tra gli interessi (per cui il soddisfacimento di una aspirazione impedisce e pregiudica il soddisfacimento dell’altra). Fra questi due estremi, le combinazioni sono le più varie”. VIGORITI, Vincenzo. *Interessi collettivi e processo: la legittimazione ad agire*. Milano: Giuffrè, 1979, p. 18.

<sup>163</sup> Para uma referência na área da física, ver GREENE, Brian. *O tecido do cosmo*. Tradução de José Viegas Filho. São Paulo: Companhia das Letras, 1995 e também LOPES, José Leite. *A estrutura quântica da matéria: do átomo pré-socrático às partículas elementares*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2005. Para outras analogias entre a física e o direito, embora não exatamente no sentido do texto, ver TELLES JÚNIOR, Goffredo. *O Direito Quântico: ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica*. 6. ed. São Paulo: Max Limonad, 1985.

precisar a quem pertencem ou qual o seu exato conteúdo. Entretanto, a violação interfere nesse estado e faz com que os direitos transindividuais possam ser definidos e sua titularidade delimitada, pelo menos em alguma medida, de acordo com cada conflito. Isso não significa que, em outro conflito, anterior ou posterior, essa definição seja aplicável. Cada violação interage com o direito transindividual para fixar-lhe um conteúdo único e irrepetível, que constituirá o ponto de partida para sua análise. Por exemplo, cada vez que o meio ambiente é violado, se produz um novo conceito de meio ambiente, cujos titulares serão definidos a partir das características da violação e com o objetivo de se tratar o litígio dela decorrente, oferecendo-lhe, se for o caso, tutela jurisdicional. Assim, cada litígio coletivo apresenta um direito transindividual único e específico, decorrente da interação entre o direito íntegro e a violação, que pode ser enquadrado em categorias, de acordo com as diferentes situações de violação. Propõe-se, da mesma forma que Elliott e Turner dividiram os diferentes conceitos de sociedade em três categorias, fixar três categorias de litígios transindividuais, às quais correspondem distintas atribuições de titularidades, de acordo com a natureza da lesão.

### 2.6.3 Litígios transindividuais de difusão global

A primeira categoria de litígios transindividuais é dada pelas situações nas quais a lesão não atinge diretamente os interesses de qualquer pessoa. Um vazamento de óleo, em quantidade relativamente pequena, em uma perfuração profunda, no meio do oceano <sup>164</sup>, não atinge diretamente qualquer pessoa. Fora o interesse compartilhado por todo ser humano em relação ao ambiente planetário, ninguém é especialmente prejudicado pelo dano decorrente desse tipo de lesão. Nessa situação em que a violação a um direito transindividual não atinge, de modo especial, a qualquer pessoa, sua titularidade deve ser imputada à sociedade

---

<sup>164</sup> Em 1º de dezembro de 2012, o Ministério Público Federal em São José dos Campos instaurou inquérito civil público para investigar um vazamento de quantidade equivalente a 160 barris de petróleo em um dos campos de perfuração do pré-sal. A referência ao caso pode ser encontrada em <[http://www.prsp.mpf.gov.br/sala-de-imprensa/noticias\\_prsp/01-02-12-2013-mpf-em-sao-jose-dos-campos-abre-inquerito-civil-publico-para-apurar-vazamento-de-petroleo-em-campo-do-pre-sal](http://www.prsp.mpf.gov.br/sala-de-imprensa/noticias_prsp/01-02-12-2013-mpf-em-sao-jose-dos-campos-abre-inquerito-civil-publico-para-apurar-vazamento-de-petroleo-em-campo-do-pre-sal)>. Acesso em 28.05.2014.

entendida como estrutura. Essa é a categoria que se aproxima das formulações atuais do processo coletivo, que veem a sociedade como um ente supra-coletivo, despersonalizado, que defende seus interesses pela aplicação do ordenamento jurídico, interpretado por pessoas autorizadas a tanto<sup>165</sup>. Aqui não se trata de proteger o direito porque sua lesão interessa especificamente a alguém, mas porque interessa genericamente a todos.

Essa sociedade como estrutura, que titulariza os direitos transindividuais globais, se subdivide em subgrupos correspondentes à sociedade que integra cada Estado nacional. Não que o Estado seja o titular desses direitos<sup>166</sup>, mas a inexistência de um sistema transnacional de tutela coletiva ainda exige que cada Estado, de acordo com o seu direito interno, atue na proteção desses valores<sup>167</sup>. Nesse tipo de situação, como nenhuma pessoa é lesada de modo especial, nenhuma opinião interessa de modo especial. O Estado, por intermédio de seus órgãos administrativos, responsáveis pela tutela daquele bem, deverá atuar contra o causador da violação. Caso a atuação seja deficiente ou ilícita, o sistema de controle do mesmo Estado, por intermédio do processo coletivo, será chamado a exercer o papel de reforço de legalidade, oferecendo tutela jurisdicional ao direito violado. Isso não significa excluir a sociedade titular do direito do processo. A legislação estatal pode atribuir a ela o papel de fazer movimentar a máquina judiciária que atuará no reforço de legalidade. Uma associação de defesa dos oceanos poderá, no Brasil, ajuizar ação civil pública decorrente do vazamento supra narrado, mas apenas porque a legislação brasileira assim a autoriza, não porque essa associação ou as pessoas que a compõem tenham uma especial relação de titularidade com o bem jurídico lesado, mais intensa que a dos demais integrantes da sociedade global.

---

<sup>165</sup> Ver supra, item 2.1. Ver também ELLIOTT e TURNER, op. Cit., p. 41. Agradeço a Hermes Zaneti Jr. pelos comentários que propiciaram o melhor esclarecimento deste tópico.

<sup>166</sup> O disseram, com clareza, García de Enterría e Fernández: “A Administração Pública não é representante da comunidade, mas uma organização colocada a seu serviço, o que, na essência, é diferente. Seus atos não são considerados por isso como próprios da comunidade – que é a característica da Lei, o que dá a esta sua superioridade e sua irresistibilidade –, mas sim próprios de uma organização dependente, que precisa se justificar em cada caso no serviço da comunidade à qual está adstrita”. ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo*. vol. 1. Tradução de José Alberto Froes Cal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 50

<sup>167</sup> Sobre o problema da atuação do Estado no contexto global, ver HELD, David. *La democracia y el orden global: del estado moderno al gobierno cosmopolita*. Barcelona: Paidós, 1997.

Essa é a situação verificada, por exemplo, pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, ao julgar uma série de casos envolvendo o derramamento de pequenas quantidades de produtos químicos na baía do porto de Santos. Em razão dos altos níveis de poluição já existentes no local, argumentava-se que o derramamento de pequenas quantidades de poluentes não ensejaria hipótese de reparação ambiental. O Tribunal afastou a tese, ao argumento de que não existe dano ambiental insignificante, nem ecossistema que, mesmo degradado, não possa ser prejudicado por novas lesões<sup>168</sup>. Há um interesse humano, não apenas dos brasileiros, nem dos habitantes do município de Santos, de que as águas não continuem a ser poluídas. Mesmo que essa poluição não atinja diretamente a ninguém, dado que o atual estado da baía não será alterado pelo derramamento de mais alguns litros de óleo, esse direito da sociedade deve ser tutelado<sup>169</sup>. Remo Caponi cogita se situações nesses moldes não deveriam ser reputadas como simples atuação do direito objetivo, uma vez que não há como se identificar interesses individuais especificamente lesados. O autor, todavia, afasta essa conclusão, afirmando ser preferível caracterizá-la como de direitos subjetivos, uma vez que “existem não apenas interesses, mas também direitos subjetivos a bens não suscetíveis de

---

<sup>168</sup> No sentido do texto, ver os seguintes julgados, todos do Tribunal Regional Federal da 3ª Região: AC 00063841519994036104, rel. Des. Salette Nascimento, DJ 4.4.11; AC 02037252519944036104, res. Des. Alda Basto, DJ 5.8.10; AC 02044817319904036104, rel. Juiz Rubens Calixto, DJ 5.9.07, afirmando: “É irrelevante que a apelante tenha pago multa pelos atos praticados, visto que ela tem caráter punitivo e natureza administrativa, enquanto a reparação de danos tem natureza constitucional-civil, sendo devida independentemente das sanções de caráter penal e administrativo, nos termos do art. 225, 3º, da Constituição Federal”; AC 00020514920014036104, rel. Des. Johnson di Salvo, DJ 16.5.14, condenando empresa a pagamento superior a R\$ 250.000,00, a título de reparação pelo derramamento de 50 litros de produtos químicos na baía de Santos. Em sentido oposto, aplicando uma ideia de insignificância, ver AC 02085028719934036104, rel. Des. Fábio Prieto, DJ 5.5.11.

<sup>169</sup> Esclareça-se que, aqui, os habitantes de Santos não podem reivindicar uma titularidade específica do bem jurídico lesado porque a atual situação de degradação, decorrente de anos de violações ambientais, impede que uma única lesão, de pequenas proporções, acarrete efeitos significativos para os habitantes santistas. Se, entretanto, se cogitasse em um processo coletivo cujo objetivo fosse a despoluição total da baía, demandando o encerramento de diversas atividades econômicas lá desempenhadas, a comunidade santista, agora diretamente atingida, seria a titular do direito, o qual passaria a ser classificado na terceira conceituação de direitos transindividuais, infra abordada. Como se observa, a definição da titularidade, como já mencionado, apenas se viabiliza a partir da consideração da lesão ocorrida, como ponto de partida e da tutela pretendida, como ponto de chegada.



apropriação individual, podendo apenas ser titular uma coletividade mais ou menos determinada de sujeitos”<sup>170</sup>.

Nesse sentido, é possível concluir que os direitos transindividuais cuja lesão não atinja especificamente, ou de modo mais grave, a uma pessoa ou grupo de pessoas, pertencem à sociedade, entendida como o conjunto de habitantes do planeta, que se estrutura no interior de um Estado nacional, cujo aparato jurídico será responsável, de acordo com as normas internas e internacionais de atribuição de jurisdição, pelo processamento da violação. Esses direitos serão aqui denominados direitos transindividuais de difusão global ou direitos transindividuais globais, ou ainda, da perspectiva do litígio, litígios transindividuais globais.

Esse conceito deixa claro que as lesões aos direitos transindividuais, se não atingem diretamente a qualquer cidadão, interessam, na mesma medida, aos habitantes do Brasil e a todos os demais cidadãos do mundo. É apenas pela ausência de um sistema transnacional de proteção ao patrimônio transindividual da humanidade que caberá a um determinado Estado, no exercício de sua soberania, tutelar os interesses de todos os membros dessa sociedade global. É isso que justifica o fato de um cidadão chinês, mesmo sendo legítimo interessado na integridade do meio ambiente planetário, tanto quanto um cidadão brasileiro, não poder questionar, perante o Poder Judiciário chinês, a tutela oferecida pelo Brasil a uma lesão ambiental ocorrida no país. Ainda que a titularidade desse direito seja de todos os habitantes do globo terrestre, a sociedade internacional não houve por bem criar um sistema transnacional para sua tutela. Se tal sistema vier a existir, como vêm advogando alguns autores<sup>171</sup>, a situação poderá ser diferente.

Essa proposta é ilustrada pela classificação realizada pela UNESCO, quando atribui a determinados bens de elevado valor histórico e cultural a condição de patrimônio da humanidade. Tais bens são patrimônio de toda a humanidade, não de uma sociedade nacional, contingentemente delimitada por suas fronteiras políticas,

---

<sup>170</sup> CAPONI, Remo. Tutela collettiva: interessi proteti e modelli processuale. In: BELLELLI, Alessandra (org.). *Dall'azione inibitoria all'azione risarcitoria collettiva*. Padova: CEDAM, 2009, p. 129-142. A citação está na p. 137.

<sup>171</sup> Ver TARUFFO, Michele. Notes on the collective protection of rights. In: *I Conferencia Internacional y XXIII Jornadas Iberoamericanas de derecho procesal: procesos colectivos class actions*. Buenos Aires: International Association of Procedural Law y Instituto Iberoamericano de derecho procesal, 2012, p. 23-30.

mesmo que exista fisicamente apenas em um país. Na falta de um órgão internacional de proteção do patrimônio da humanidade, ou de um tribunal internacional habilitado a julgar suas violações, cabe a cada Estado nacional a tutela da parcela desse patrimônio que se encontrar em seu território. Se falhar nessa missão, o Estado viola os direitos não apenas da sociedade que o forma, mas de toda a humanidade<sup>172</sup>.

O único agente excluído da sociedade mundial que titulariza os direitos transindividuais globais é o próprio causador da violação. A sociedade que é relevante para o processo coletivo, porque titulariza o direito material subjacente, nasce com a violação. A inexistência da segunda implica o desaparecimento da primeira. Como o interesse do causador do dano é provar a licitude de sua conduta, ele não pode ser parte de uma sociedade que afirma não existir ou, pelo menos, não existir nos moldes afirmados no processo. Mesmo que o réu não contestasse qualquer aspecto da pretensão coletiva, ele não poderia ser integrado à sociedade titular do direito, porque seu interesse na preservação de seu próprio patrimônio é tão mais pronunciado que torna irrelevante qualquer remoto interesse que possa ter na reparação da lesão. Logo, o suposto paradoxo de que, quando se trata de direitos transindividuais, o réu também é titular do direito demandado – o poluidor também é titular do meio ambiente – é apenas aparente. Quando se assume que a titularidade dos direitos transindividuais é definida apenas a partir da lesão, o réu não pode ser considerado vítima do dano que provocou.

Nesse sentido, nos litígios transindividuais de difusão global, o grau de conflituosidade da sociedade titular do direito é muito baixo, pois os indivíduos que a compõem são atingidos de modo uniforme pela lesão e praticamente não há interesse pessoal no conflito. Todos se beneficiam igualmente quando o meio-ambiente do alto-mar é tutelado e todos são lesados igualmente caso se permita que o poluidor não repare o dano e, assim, incorpore ao seu patrimônio os custos nos quais teria que incorrer para essa finalidade. A complexidade, embora possa variar, tende a ser baixa. É possível que esses litígios sejam simples, por exemplo, quando a reparação ambiental consistir em uma providência óbvia ou em indenização, em

---

<sup>172</sup> Agradeço ao Procurador da República Aureo Marcus Makiyama Lopes pela referência a essa situação.

razão da impossibilidade de recuperação *in natura*. Por outro lado, pode haver casos de divergência científica legítima acerca da melhor forma de se tutelar o bem jurídico lesado, o que ensejará maior complexidade, mas, ainda assim, inferior às hipóteses subsequentes.

#### 2.6.4 Litígios transindividuais de difusão local

A segunda categoria de litígios a ser analisada, e que demanda um conceito diferente de titularidade dos direitos transindividuais, é a das lesões que atingem, de modo específico e grave, comunidades, no sentido que essa expressão tem para Ferdinand Tönnies<sup>173</sup>, ou seja, grupos de reduzidas dimensões e fortes laços de afinidade social, emocional e territorial, traduzidos em um alto grau de consenso interno. É o caso das comunidades indígenas, quilombolas e demais grupos tradicionais minoritários, referidos pela Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho. Esses grupos constituem, na expressão de Elliott e Turner, “*sticky societies*”<sup>174</sup>, sociedades com grande consciência de identidade própria e cuja lealdade do membro para com o grupo é essencial.

As lesões a direitos transindividuais que atingem esses grupos causam efeitos tão sérios sobre eles, abalando suas estruturas de modo especialmente grave, que é justificável considerar que, nessa hipótese, eles são os titulares dos direitos transindividuais lesados. Mesmo que se possa admitir que outras pessoas tenham relação com o meio ambiente lesado no interior de uma comunidade tradicional, é impensável que essa sociedade, diretamente atingida pela lesão, seja tão relevante para a tutela do direito quanto pessoas que estão a milhares de quilômetros do local, apenas porque “todos têm direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado”.

---

<sup>173</sup> TÖNNIES, Ferdinand. *Comunidad y Sociedad*. Buenos Aires: Losada, 1947, p. 19. Do mesmo modo, no presente trabalho, a expressão “comunidade” será utilizada apenas nesse sentido, evitando-se o seu uso como sinônimo de grupo ou de coletividade, como comumente se verifica na literatura jurídica.

<sup>174</sup> ELLIOTT, Anthony; TURNER, Bryan S., op. cit., p. 74.

A diferença em relação à primeira categoria é marcante. O dano ambiental ocorrido no interior do território tradicional de uma comunidade indígena causa a essa comunidade efeitos tão mais pronunciados que em todo o restante da sociedade mundial que a única solução compatível com a realidade é atribuir a essa comunidade a titularidade do direito violado. Não é admissível imaginar que o dano ambiental provocado pela extração mineral ilícita em território indígena interesse aos índios na mesma medida em que interesse aos demais habitantes do Brasil ou do mundo. O vínculo cultural existente entre o índio e o território, que vai além de um simples vínculo de propriedade<sup>175</sup>, faz a relação do grupo indígena com o dano tão mais acentuada que torna insignificante, por comparação, sua relevância para os indivíduos que lhe são exteriores. Em razão desse peculiar caráter, esses direitos serão denominados direitos transindividuais de difusão local ou, resumidamente, direitos transindividuais locais.

Um exemplo norte-americano ilustra essa situação. Por volta de 1868, uma grande quantidade de ouro foi descoberto em um local chamado Black Hills, que pertencia à terra dos índios Sioux. O governo norte-americano entrou em negociação com os índios para a cessão do local para mineração e, por uma série de circunstâncias, o acordo não chegou a ser celebrado e a mina foi tomada dos índios, em troca de uma compensação irrisória. Em 1980, a Suprema Corte reconheceu que os índios foram expulsos indevidamente e condenou os Estados Unidos a pagar-lhes US\$ 17 milhões, em valores de 1868, os quais, devidamente atualizados, perfaziam US\$ 106 milhões em 1980<sup>176</sup>. Os Sioux eram, naquele momento, um dos grupos indígenas mais pobres do país, e, ainda assim, duas semanas depois da decisão, se recusaram a receber o dinheiro, afirmando que as Black Hills, por eles denominadas Paha Sapa, tinham um papel sagrado em sua cultura e aceitar dinheiro em troca delas representaria uma rejeição de suas tradições<sup>177</sup>. Até a data em que estas

---

<sup>175</sup> Sobre essa questão, ver VITORELLI, Edilson. *Estatuto do Índio*. 2. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2013 e também VITORELLI, Edilson. *Estatuto da Igualdade Racial e comunidades quilombolas*. Salvador: Editora Juspodivm, 2012.

<sup>176</sup> *United States v. Sioux Nation*, 448 U.S. 371 (1980).

<sup>177</sup> O ouro antes existente no local foi completamente extraído, de modo que não se deve imaginar que os índios rejeitem a soma descrita no texto na expectativa de que das terras possa resultar lucro superior. Para um relato completo dos fatos, ver LAZARUS, Edward. *Black Hills/White Justice: The Sioux Nation versus the United States, 1775 to the Present*. Omaha: University of Nebraska Press, 1999.

linhas eram escritas, o valor da indenização, que continuou acumulando juros ao longo do tempo, se aproximava de US\$ 1 bilhão e permanecia sendo rejeitado pelos índios<sup>178</sup>, mesmo em face da pobreza que ainda se abate sobre eles. Isso demonstra claramente como o vínculo de determinadas comunidades com alguns direitos transindividuais é significativamente mais forte que o do restante da sociedade que as envolve.

A conflituosidade, nessa hipótese, é média. Por um lado, a comunidade envolvida é altamente coesa, o que lhe atribui a mesma perspectiva em relação ao litígio<sup>179</sup>, e um certo fator de homogeneidade em relação ao resultado do processo. Por outro lado, a visão estereotípica de que uma comunidade indígena, pelo simples fato de pertencer à mesma etnia, tem interesses e opiniões uniforme, é equivocada. Esses grupos também têm dissidências internas, das quais resultam majorias e minorias. No caso dos Sioux, em 2009, 19 índios propuseram uma *class action* contra os líderes tribais, buscando a determinação de que o dinheiro decorrente do litígio das Black Hills fosse recebido e distribuído<sup>180</sup>. Isso demonstra concretamente como a identidade de perspectiva social não implica, necessariamente, identidade de interesses, de modo que é possível, dependendo das circunstâncias do caso, que membros ou segmentos da comunidade sejam atingidos de modo diverso pelo litígio, bem como tenham opiniões e interesses divergentes acerca do resultado dele desejado. Como o interesse da comunidade nesse resultado é elevado, essas divergências internas tendem a se exacerbar, o que eleva à conflituosidade. Por outro lado, a comunidade retém sua força de agregação, de coerência interna, que limita a conflituosidade em comparação com situações em que essa identidade entre os titulares do direito não existe, conforme será analisado subsequentemente.

---

<sup>178</sup> A questão ainda não foi resolvida, nem judicial, nem politicamente, chegando a render promessas de intervenção do próprio presidente dos Estados Unidos. Ver ANDERSON, Robert T. et. al. *American Indian Law: cases and commentary*. 2<sup>nd</sup> ed. St. Paul: West, 2010.

<sup>179</sup> A expressão perspectiva é aqui utilizada no sentido atribuído por Iris Marion Young, que será debatido no Capítulo 3. Sinteticamente, a perspectiva social deriva da posição de um indivíduo na sociedade, que influencia o seu modo de ver o mundo, embora, não necessariamente, seus interesses ou suas opiniões.

<sup>180</sup> A ação foi proposta no juízo federal de Sioux Falls, havendo referências em <<https://nativeamericanews.wordpress.com/2009/05/18/some-sioux-sue-to-receive-funding-for-black-hills/>>. Acesso em 15.01.15.

Com um pouco mais de esforço, é possível enquadrar no tipo dos litígios locais aqueles decorrentes de direitos transindividuais pertencentes a outras minorias, se existe uma perspectiva social compartilhada por seus integrantes, mesmo que seu vínculo subjetivo seja mais tênue. Assim, por exemplo, não parece difícil sustentar que os direitos transindividuais das mulheres, relativos à igualdade de gênero, pertencem às mulheres. Ainda que homens se interessem em viver em uma sociedade em que não haja desigualdade de gênero, o interesse feminino nos conflitos transindividuais a ela relacionados é tão mais pronunciado que torna o masculino irrelevante. O mesmo se poderia dizer de outras minorias, tais como minorias raciais ou de orientação sexual, quando o direito transindividual litigioso se relacione à perspectiva social que perpassa e identifica o próprio grupo, mesmo que, entre seus membros, possa haver divergências sobre como lidar com a violação e qual o melhor resultado esperado.

Esse segundo círculo da categoria dos direitos transindividuais locais se aplica aos direitos transindividuais do trabalho. Os trabalhadores não compõem uma comunidade, mas têm um inegável posicionamento social comum em cada uma das categorias profissionais, que lhes atribui perspectiva social comum, da qual decorre certa identidade de reivindicações, e um peculiar modo de ver a relação laboral<sup>181</sup>. As condições trabalhistas na indústria metalúrgica interessam exponencialmente mais aos empregados nessa atividade do que aos advogados, mesmo que estes se interessem, em atenção a outros valores pessoais, em viver em uma sociedade na qual os metalúrgicos têm boas condições de trabalho. Por essa razão, ainda que existam controvérsias na doutrina trabalhista, é possível afirmar que os direitos transindividuais trabalhistas pertencem à comunidade de trabalhadores atingidos por sua lesão ou ameaça de lesão<sup>182</sup>. A forma como a representação coletiva trabalhista

---

<sup>181</sup> A posição do texto é coerente com MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Direitos difusos: conceito e legitimação para agir*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 110, anotando o menor grau de conflituosidade existente nos direitos coletivos, em relação aos difusos.

<sup>182</sup> Existe entre os autores de direito coletivo do trabalho a mesma indecisão acima registrada, relativamente a um paradigma individualista, coletivista ou intermediário da titularidade dos direitos transindividuais trabalhistas. Há uma considerável – e desnecessária – dosagem de sociedade como estrutura no pensamento trabalhista. Ver, nesse sentido, SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *Noções de direito do trabalho*. Tradução de Mozart Russomano e Carlos Alberto Chiarelli. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1973, p. 11, referindo-se a interesses “de uma pluralidade de pessoas (...). Mas não é a soma dos interesses individuais, mas a sua combinação”; SANTOS, Ronaldo Lima. *Teoria das Normas coletivas*. 2. ed. São Paulo: Editora LTR, 2009, p. 147, aludindo a “uma síntese

é usualmente exercida, por intermédio de sindicatos, confirma a atribuição de titularidade aqui pretendida. A direção desse ente é escolhida pelos próprios trabalhadores, o que faz com que eles, pelo menos em tese, estejam habilitados a definir seus rumos de atuação. Ainda que haja quem sustente que o sindicato, ao agir coletivamente, o faz como personificação da categoria, e não em representação desta<sup>183</sup> – o que parece inadequado, dadas as discussões sociológicas supramencionadas – essa proposição é de pouca relevância concreta, uma vez que os trabalhadores sempre poderão substituir a diretoria sindical, caso estejam insatisfeitos com sua atuação. Além disso, é exatamente porque a titularidade dos direitos transindividuais trabalhistas é mais definida que a lei autoriza sua transação, de modo substancialmente mais amplo que em relação aos demais direitos transindividuais, materializando a “autonomia privada coletiva” dos trabalhadores<sup>184</sup>. Os advogados, enquanto categoria profissional, não podem se opor a uma concessão de direitos feita pelos metalúrgicos, no contexto de uma negociação coletiva, por dela discordarem ou mesmo por acreditarem que dela possa decorrer um precedente negativo, com potencial para prejudicá-los indiretamente. Os direitos transindividuais trabalhistas dos metalúrgicos são deles para serem transacionados, nos limites legais.

---

dos interesses de sujeitos determinados ou determináveis que formam um grupo, uma coletividade ou uma categoria organizada e coesa”.

<sup>183</sup> Há divergências na doutrina trabalhista, no que se refere ao papel que o sindicato desempenha no processo coletivo. Há quem defenda que o sindicato é a própria categoria organizada, de modo que atuaria como legitimado ordinário nas negociações coletivas. Cf. MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito processual do trabalho*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 203. Outros asseveram que o sindicato age como legitimado extraordinário, representando os direitos do grupo. Cf. ALMEIDA, Cléber Lúcio de. *Direito processual do trabalho*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 334-335. É difícil justificar essa resistência da doutrina trabalhista em atribuir a titularidade dos direitos coletivos do trabalho aos próprios trabalhadores. Há um viés tutelar/autoritário que o direito do trabalho brasileiro se recusa a abandonar.

<sup>184</sup> SANTOS, Ronaldo Lima. *Teoria das Normas coletivas*. 2. ed. São Paulo: Editora LTR, 2009, p. 149.

### 2.6.5 Litígios transindividuais de difusão irradiada

A última categoria de direitos transindividuais que se pretende formular é a que se relaciona ao que Rodolfo de Camargo Mancuso denominou mega-conflitos. Trata-se daquelas situações em que o litígio decorrente da lesão afeta diretamente os interesses de diversas pessoas ou segmentos sociais, mas essas pessoas não compõem uma comunidade, não têm a mesma perspectiva social e não serão atingidas, da mesma forma e com a mesma intensidade, pelo resultado do litígio. Isso faz com que suas visões acerca da solução desejável sejam divergentes e, não raramente, antagônicas<sup>185</sup>. Essas situações dão ensejo a conflitos mutáveis<sup>186</sup>, multipolares<sup>187</sup>, opondo o grupo titular do direito não apenas ao réu, mas a si próprio. Exemplifique-se com os conflitos decorrentes da instalação de uma usina hidrelétrica. Se, no início do processo de licenciamento, são discutidos os impactos prospectivos da instalação do empreendimento, em seu aspecto social e ambiental, a fase de obras já muda o cenário da localidade, com a vinda de grandes contingentes de trabalhadores, que alteram a dinâmica social. Os problemas passam a ser outros, muitas vezes, imprevistos, e os grupos atingidos já não são os mesmos que eram no primeiro momento, em que se decidiam os contornos do projeto. Na seara ambiental, altera-se o curso ou o fluxo das águas do rio, bloqueando-se estradas e separando comunidades antes vizinhas. Pessoas são deslocadas. No meio ambiente natural, a fauna e a flora sofrem impactos

---

<sup>185</sup> Conforme notou MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 20. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 49.

<sup>186</sup> A mutabilidade desses conflitos é ressaltada por MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Direitos difusos: conceito e legitimação para agir*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 110-114.

<sup>187</sup> A multipolaridade é utilizada aqui para referir à existência, pelo menos potencial, de um grande número de opiniões concorrentes quanto ao conflito. Cabe observar que há uma importante vertente do estudo dos conflitos que nega a existência de conflitos multipolares, afirmando que eles sempre redundarão em bipolaridade. Cf. ENTELMAN. Remo F. *Teoría de conflictos: hacia un nuevo paradigma*. Barcelona: Gedisa, 2005, p. 86. O autor assevera que, embora existam conflitos com atores múltiplos, como a segunda guerra mundial ou um conflito ambiental (ele exemplifica: um ator contaminante, um grupo de vizinhos desse ator, o grupo de empregados que trabalha na empresa poluidora, o município, que deve defender o meio ambiente, mas também quer arrecadas os impostos e que representa tanto os vizinhos quanto os trabalhadores), há que se insistir na bipolaridade do conflito. Em situações de conflitos com múltiplos atores, dentro de cada campo, seus integrantes estarão unidos contra o adversário por determinados objetivos. Os conflitos que possam existir entre eles são rápida e previamente resolvidos ou postergados. É o que Entelman chama de magnetismo conflitual.



expressivos. Com o fim das obras, toda a dinâmica se altera novamente. Muitos trabalhadores que vieram, se vão. Outros permanecem. As pessoas deslocadas formam novos bairros e povoações, que exigem a implementação de novos serviços públicos. Apenas em razão da realização de uma obra, o meio ambiente natural e a dinâmica social se alteram de tal maneira que a sociedade que existia naquele local adquire feições totalmente distintas das que existiam originalmente<sup>188</sup>.

Nem por todos esses impactos, todavia, a construção de usinas hidrelétricas é ilegal no Brasil<sup>189</sup>. Pelo contrário, o país se orgulha de ter uma das matrizes energéticas mais limpas do mundo. De acordo com o Anuário Estatístico de Energia Elétrica de 2013, o Brasil tinha, em 2012, capacidade instalada para produzir 120.973 Megawatts de energia elétrica, 66% dos quais oriundos de usinas hidrelétricas. Quando se analisa a energia efetivamente gerada, esse percentual sobe para 75,2%<sup>190</sup>. O conflito, portanto, não pode ser encarado como se a solução fosse, simplesmente, a proibição de construção desse tipo de empreendimento. Não se trata de uma situação em que se opõe um comportamento lícito a outro ilícito, mas sim de um conflito gerado no interior dos limites de legalidade estabelecidos pelo ordenamento jurídico. Há utilidade social na realização desse tipo de empreendimento, mas, ainda que sejam tomadas as cautelas exigíveis, haverá impactos sociais e ambientais sobre a população local.

Há inúmeros outros exemplos desse tipo de conflito, como a situação, exposta por Mancuso, da construção do sambódromo no Rio de Janeiro<sup>191</sup>, alguns conflitos

---

<sup>188</sup> Para um interessante estudo de caso sobre os impactos aqui delineados, ver LAMONTAGNE, Annie. *Impactos discursivos: conflitos socioambientais e o licenciamento da UHE Estreito*. Curitiba: Editora CRV, 2012. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Direitos difusos: conceito e legitimação para agir*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 106 expõe vários outros exemplos, como a proteção de recursos florestais que conflita com os interesses da indústria madeireira e de seus empregados, a interdição na construção de um aeroporto internacional, que atende aos interesses dos habitantes do local, mas conflita com os interesses turísticos etc. As circunstâncias litigiosas mencionadas no texto são empiricamente verificáveis na generalidade dos empreendimentos hidrelétricos, inclusive nos dois casos já mencionados, das Usinas Hidrelétricas de Aimorés, em Minas Gerais, e de Belo Monte, no Pará. Sobre esta, ver <<http://www1.folha.uol.com.br/especial/2013/belomonte/>>. Acesso em 19.05.2014.

<sup>189</sup> Conforme bem observou FREITAS, Vladimir Passos de. O Magistrado e o Meio Ambiente. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 659, 1990, p. 29-35.

<sup>190</sup> BRASIL. *Anuário Estatístico de Energia Elétrica 2013*. Rio de Janeiro: Empresa de Pesquisa Energética, 2013, p. 62.

<sup>191</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p.107.

fundiários de grandes proporções, a transposição das águas do rio São Francisco<sup>192</sup>, dentre outros. Em 2014, o Estado de São Paulo experimentou um conflito coletivo particularmente complexo quando, em razão da falta de chuvas, o poder público decidiu utilizar o chamado “volume morto” das represas que compõem o sistema de abastecimento de água da capital, opondo os interesses dos habitantes da cidade, que não queriam experimentar um racionamento de água, aos interesses ambientais de conservação dos mananciais<sup>193</sup>. Houve, ainda, um conflito interestadual, quando foi aventada a possibilidade de transposição do rio Paraíba do Sul, do Estado do Rio de Janeiro, para prover água a São Paulo. O Ministério Público Federal ajuizou diversas ações civis públicas em relação a esse litígio, com o objetivo de obstar a transposição do Paraíba do Sul, proibir a utilização do volume morto e obrigar a administração a planejar restrições de distribuição de água, para preservar o ecossistema do reservatório<sup>194</sup>. Conflitos desse tipo se repetem em outros países. A Índia enfrentou e vem enfrentando problemas nas ações para a despoluição do rio Ganges, em razão da objeção apresentada pelos religiosos hindus, para os quais o rio representaria a deusa Gangã e sua pureza e santidade combateriam os efeitos negativos da poluição<sup>195</sup>.

Essas são situações de alta conflituosidade e complexidade, nas quais há múltiplos resultados possíveis para o litígio e a sociedade titular dos direitos em questão têm interesses marcadamente variados e, eventualmente, antagônicos quanto a seu resultado. Como se extrai dos exemplos expostos, as circunstâncias são diversas

---

<sup>192</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Transposição das águas do rio São Francisco: uma abordagem jurídica da controvérsia. In: *Revista de Direito Ambiental*, vol. 10, n. 37, p. 28-79.

<sup>193</sup> Tanto o Ministério Público Federal quanto o Estadual de São Paulo trataram da questão, por intermédio de inquéritos civis. O racionamento de água não é um mero aborrecimento, uma vez que acarreta consideráveis consequências sociais e econômicas, dado o uso de água em diversos segmentos da produção industrial. O risco ambiental decorre da possibilidade de não recuperação de nascentes e das próprias represas, caso o nível da água caísse demasiadamente.

<sup>194</sup> As referências às ações estão disponíveis em [http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy\\_of\\_meio-ambiente-e-patrimonio-cultural/publicada-carta-com-proposicoes-e-recomendacoes-para-a-crise-hidrica](http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_meio-ambiente-e-patrimonio-cultural/publicada-carta-com-proposicoes-e-recomendacoes-para-a-crise-hidrica). Acesso em 11.6.15.

<sup>195</sup> A referência a esse interessante conflito foi inicialmente encontrada em MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. Os direitos difusos nas grandes concentrações demográficas. In: *Revista de Processo*, n. 70. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 146. O autor, ao que parece, não tinha acesso a fontes bibliográficas sobre a questão, provavelmente em razão da época em que o artigo foi escrito. Para um aprofundamento do debate relativo a esse conflito, ver NAGARAJAN, Vijaya Rettakudi. The Earth as goddess Bhu Devi: toward a theory of “embedded ecologies” in folk Hinduism. In: NELSON, Lance E (ed.). *Purifying the Earthly Body of God: religion and ecology in Hindu India*. New York: State University of New York Press, 1998, p. 269-296. A questão referida está nas p. 276-277.

das duas categorias anteriores. O litígio não é de difusão global, porque é possível identificar pessoas que sofrerão danos em grau mais intenso que outras, que estão distantes dos seus efeitos. Também não é de difusão local, porque não existe identidade de perspectivas sociais entre os envolvidos. Nem mesmo a lei, conforme ressalta Mancuso, contém solução pré-definida para esse tipo de conflito, o que lhe atribui fortes elementos sócio-político-econômicos<sup>196</sup>.

O conceito mais adequado de sociedade para identificar as pessoas que titularizam esses direitos é o da sociedade enquanto criação. Nessa linha de pensamento, a sociedade é elástica, descentralizada e fluida. Utilizando a terminologia de Simmel, o que importa é a sociação, o fazer sociedade e não a concepção estática da sociedade, como algo dado e acabado. A teia de interações sociais entre os indivíduos é a própria sociedade. Suas estruturas são apenas a cristalização dessas interações sociais<sup>197</sup>. Entretanto, como diz Simmel, “deve-se conceber ainda que a existência humana só se realiza em indivíduos, sem com isso sacrificar a validade do conceito de sociedade”<sup>198</sup>. Por essa razão, é preciso buscar formas de identificar ou, pelo menos, de delimitar o grupo de indivíduos titulares dos direitos transindividuais que se enquadram nessa categoria. A dificuldade e fluidez dessa categoria não deve encaminhar o intérprete para soluções tautológicas, como a atribuição dos direitos transindividuais a “todos”, ou a “pessoas indeterminadas”, convertendo a indeterminação em ferramenta para a despersonificação dos indivíduos.

Desse modo, a tentativa de resolver o problema dessa categoria com a atribuição dos direitos transindividuais a todos, ou a pessoas indeterminadas, apenas para afastar a dificuldade de identificação que decorre da complexidade do conflito, deve ser repudiada. A melhor determinação da titularidade dos direitos difusos não só é possível, como importante para evidenciar a mitigação da indivisibilidade dos direitos transindividuais, quando encarados da perspectiva da lesão. Mesmo que os titulares

---

<sup>196</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 205. No mesmo sentido, SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as condutas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 73, afirmando que “A proteção dos interesses difusos tem, de resto, uma conotação política muito profunda”.

<sup>197</sup> Simmel, op. cit., p. 83.

<sup>198</sup> Simmel, op. cit., p. 82.

desses direitos não possam ser perfeitamente individualizados, não se pode avançar para a conclusão de que os impactos ocasionados pela lesão a um direito transindividual vão ser sentidos, na mesma proporção e intensidade, por todas as pessoas do mundo, do país ou mesmo das futuras e incertas gerações de seres humanos que talvez venham a ocupar este planeta. A dificuldade de identificação não deve autorizar o tratamento dos indivíduos como uma massa amorfa, irrelevante para a condução do litígio, como se ele não fosse surtir, nas vidas de uma parte deles, impactos concretos e imediatos, que não ocorrerão nas vidas das outras pessoas que não integram aquela sociedade.

A adoção irrefletida do binômio indivisibilidade dos direitos – indeterminação dos titulares têm implicado o tratamento dos litígios coletivos que se enquadram nessa terceira categoria como se fossem litígios transindividuais globais, ou seja, como se não impactassem diretamente na vida de qualquer pessoa. Isso permite que a vontade do legitimado coletivo, acatada ou não pelo juiz, se converta na vontade da coletividade, a ser recoberta, futuramente, pelo pesado manto de imutabilidade da coisa julgada. Indivisibilidade – indeterminação tem sido uma fórmula de eliminação da complexidade social no âmbito do processo, o que, ainda que pareça vantajoso, é, em verdade, prejudicial à qualidade de seu resultado, já que reduz as informações disponíveis para orientar a atuação dos sujeitos processuais, no sentido da obtenção de uma solução adequada, à luz da complexidade dos fatos. Em outras palavras, não é vantajoso simplificar um processo se o litígio que ele se propõe a resolver não é simples. Além disso, a despersonalização do litígio contribui para a subtração do processo da crítica pública, pois reduz o peso das objeções de pessoas efetivamente afetadas pelas consequências negativas da lesão ao direito transindividual subjacente, às quais não se atribui especial relevância, eis que não se permite que elas se afirmem titulares do direito violado. Obscurece-se, dessa forma, o fato de que, se todos perdem com a poluição de um rio, perdem muito mais as pessoas que habitam ao seu redor e que dele retiram o seu sustento.

A superação desse problema exige que se estabeleça que a sociedade titular dos direitos transindividuais cuja lesão atinja, de modo específico, a indivíduos determinados, mas de formas e com efeitos variados, sem que essas pessoas compartilhem da mesma perspectiva social, é a sociedade formada pelas pessoas

atingidas em razão de sua violação. Não é uma sociedade dada, estática, tal como uma comunidade, mas uma sociedade elástica, que não depende necessariamente de relações jurídicas, dimensões geográficas ou fronteiras nacionais, mas apenas da circunstância fática de terem todas sofrido a mesma lesão, ainda que em diferentes intensidades. Os integrantes dessa sociedade não titularizam o direito transindividual em idêntica medida, mas em proporção à gravidade da lesão que experimentam. Graficamente, a lesão é como uma pedra atirada em um lago, causando ondas de intensidade decrescente, que se irradiam a partir de um centro. Quanto mais afetado alguém é por aquela violação, mais próximo está desse ponto central e, por essa razão, integra, com maior intensidade, essa sociedade elástica, que é a sociedade das pessoas atingidas pelo prejuízo e, por essa razão, titulares do direito violado<sup>199</sup>.

As pessoas que sofrem os efeitos da lesão ao direito transindividual em menor intensidade se posicionam em pontos mais afastados desse centro, mas, nem por isso, deixam de integrar aquela sociedade. Fora dela estarão as pessoas que, mesmo tendo algum interesse abstrato ou ideológico na questão litigiosa, não são por ela afetadas. Suas vidas seguirão da mesma maneira, independentemente da ocorrência da violação ou da forma como ela for tutelada. Com essa proposição, não interessa de quem é “o” meio ambiente, ou “o” mercado consumidor, mas sim a quem atinge, e em que grau atinge, a lesão àquele meio ambiente ou àquela relação de consumo, especificamente considerados a partir de seus efeitos concretos.

Esse círculo hipotético não termina em uma linha precisa, tal como as ondas causadas em um lago não terminam em um ponto perfeitamente determinado, mas em um *ralentando* de situações jurídicas. As pessoas da periferia do círculo são

---

<sup>199</sup> A imagem mental proposta também pode ser representada pela explosão de uma bomba, sempre lembrando a advertência de Ovídio Baptista da Silva, quanto ao caráter desaconselhável das “tentativas de representações gráficas de fenômenos jurídicos” (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Sentença e coisa julgada: ensaios e pareceres*. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006, p. 90). Ada Pellegrini Grinover se vale de uma imagem similar, embora não atribua a ela as consequências tratadas no texto: “Ao contrário, os interesses sociais são comuns a um conjunto de pessoas, e somente a estas. Interesses espalhados e informais à tutela de necessidades coletivas, sinteticamente referíveis à qualidade de vida. Interesses de massa, que comportam ofensas de massa e que colocam em contraste grupos, categorias, classes de pessoas. Não mais se trata de um feixe de linhas paralelas, mas de um leque de linhas que convergem para um objeto comum e indivisível. Aqui se inserem os interesses dos consumidores, ao ambiente, dos usuários de serviços públicos, dos investidores, dos beneficiários da previdência social e de todos aqueles que integram uma comunidade compartilhando de suas necessidades e seus anseios”. GRINOVER, Ada Pellegrini. Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos. In: *Revista de Processo*, vol. 97, 2000, p. 9 e ss.

afetadas de modo progressivamente menor, até que não se possa mais definir uma lesão pessoalmente atribuível a alguém, o que marca o limite externo da sociedade. Uma lesão transindividual é irrelevante para a vida da maior parte dos habitantes do planeta, por mais grave que seja para as pessoas que com ela convivem. Isso não significa que alguém distante não possa sentir empatia pelo sofrimento alheio, ou se mobilizar para a proteção do meio ambiente, mas tais atitudes não o colocam na mesma posição das pessoas que efetivamente experimentam os efeitos da conduta. A poluição de um rio, que reduz a atividade pesqueira, viola um direito titularizado pelos pescadores daquele rio, não pelo Greenpeace ou por qualquer outra organização de defesa do meio ambiente, por maior que seja a sua relevância. O pescador está no centro dessa sociedade, o Greenpeace está do lado de fora. Nas posições periféricas interiores estão as outras pessoas impactadas pela redução da pesca, como, por exemplo, o restante da cadeia econômica formada a partir dela. Assim, mesmo que exista algum grau de indeterminação nas fronteiras da sociedade que titulariza os direitos transindividuais nessa terceira categoria, é possível definir as posições de diferentes indivíduos nela, de acordo com a intensidade da lesão experimentada. Essa definição pode ser feita tanto em termos estáticos, considerando as pessoas que sofrem mais como ocupantes de uma posição central, as que sofrem menos, de uma posição periférica, e as que não são afetadas, de uma posição exterior, quanto com o auxílio de uma análise relacional, comparando-se os efeitos sofridos por duas pessoas, para definir se a primeira ocupa posição mais ou menos central nessa sociedade, em relação à segunda.

A distribuição de indivíduos nessa sociedade hipotética varia de acordo com os contornos fáticos da lesão. Quando se analisa a intensidade do dano, há lesões que têm caráter centrípeto, ou seja, as pessoas que se encontram próximas ao centro da sociedade sofrem efeitos muito intensos em decorrência do dano, mas esses efeitos declinam rapidamente quando o foco se afasta do centro. O círculo dessa sociedade tende a ser reduzido, já que os efeitos da lesão estão desproporcionalmente distribuídos entre os membros que a titularizam. Em outra vertente, há lesões de caráter centrífugo, cujos efeitos são distribuídos de modo mais uniforme na sociedade, reduzindo-se gradualmente quando se dirige a observação para a

periferia, tendendo, por essa razão, à criação de um círculo social maior<sup>200</sup>. Ainda é possível classificar a sociedade de acordo com o perfil de distribuição de seus membros no círculo hipotético que a delimita. Denominam-se nucleadas as sociedades nas quais a maior concentração de indivíduos está próxima ao centro de efeitos da lesão, ou não-nucleadas, quando há poucos indivíduos no centro e a maioria está distribuída na periferia.

Em conclusão, essa terceira categoria, atinente aos litígios coletivos que atingem pessoas determinadas, mas o fazem de formas e intensidades distintas e variadas, sem que entre elas exista qualquer tipo de perspectiva uniforme em relação ao conflito, dá lugar a um outro conceito de direitos transindividuais, que são aqueles pertencentes a uma sociedade elástica, composta pelas pessoas que efetivamente experimentaram os efeitos concretos da violação, as quais o titularizam na proporção em que foram atingidas. Esses direitos serão aqui denominados direitos transindividuais de difusão irradiada, direitos transindividuais irradiados, ou ainda, da perspectiva do litígio, litígios irradiados. Nessa terceira categoria, rompe-se com a indivisibilidade dos direitos transindividuais, quando analisados sob a perspectiva do litígio. É possível e desejável que o direito transindividual violado pertença mais a uma pessoa que sofreu lesão mais grave, menos a outra, que sofreu lesão menos grave, e não pertença a quem não foi lesado de forma alguma. A ruptura da indivisibilidade permite que se enxergue as diferenças entre os indivíduos atingidos pela violação do direito transindividual que deu origem à sociedade, atribuindo-se maior relevância às posições dos que sofrem mais.

A aplicação do conceito pode ser exemplificada com a situação, já mencionada, do conflito concernente à queima da palha da cana-de-açúcar em Piracicaba/SP. A ocorrência desse evento forma uma sociedade elástica de indivíduos atingidos pela lesão ao meio ambiente, que é a poluição do ar. Esses indivíduos serão tão mais importantes, enquanto titulares do direito, quanto mais atingidos forem. Assim, no centro do círculo hipotético de titularidade encontram-se as pessoas mais propensas

---

<sup>200</sup> Embora não sejam idênticas, as lesões de caráter centrípeto guardam alguma semelhança com os direitos transindividuais locais, uma vez que a intensidade com a qual os indivíduos no centro da sociedade experimentam o dano propicia condições para nasçam, entre eles, formas de organização e solidariedade. Já as lesões de caráter centrífugo se aproximam mais dos direitos transindividuais globais, uma vez que a distribuição mais uniforme de seus efeitos na sociedade tende a favorecer um grau maior de despersonalização.

a serem prejudicadas pela piora da qualidade do ar decorrente da queima realizada, como os idosos, as crianças, os portadores de males respiratórios etc. Em uma posição um pouco mais afastada do centro se encontrarão as demais pessoas que residem na região afetada pela poluição. Mas a sociedade também é composta por pessoas com interesses antagônicos e conflitantes com essas. Não há como deixar de considerar central a posição dos trabalhadores rurais que, apesar de afetados pela poluição, restarão desempregados pela cessação dessa técnica de colheita<sup>201</sup>. Entre esses trabalhadores, quando se consideram as posições relativas, estão mais próximos do centro aqueles que têm menos condições de se empregar em outras atividades, enquanto os que podem encontrar outros empregos com mais facilidade ocupam posição mais periférica. Essas pessoas provavelmente terão interesse de que a tutela jurídica seja realizada de modo distinto do pretendido por aqueles que se interessam pela qualidade do ar. Por exemplo, podem pretender que o prazo para a cessação da prática seja maior, permitindo sua recolocação profissional, ou que ela seja acompanhada de programas públicos de requalificação profissional. Também podem pretender que o meio ambiente não seja tutelado, julgando que o direito ao trabalho deve superar o direito ao equilíbrio ecológico. Nada disso implica que essas pessoas deixam de fazer parte da mesma sociedade titular do direito transindividual litigioso, uma vez que elas não são causadoras da lesão<sup>202</sup> e são afetadas por ela e pela forma como for tutelada.

É possível, ainda, pensar em outros integrantes dessa sociedade titular do direito, que estarão em posições mais periféricas no conflito, por serem atingidos indiretamente pela decisão, como os proprietários de comércio local que não residam no município, os fornecedores de alimentação aos trabalhadores, dentre outros. São pessoas que titularizam parcela muito reduzida do direito lesado, mas que ainda compõem essa sociedade. Por fim, as pessoas que nunca estiveram na região ou que apenas têm com ela vínculo episódico, não fazem parte da sociedade de titulares do direito. Não porque não tenham, abstratamente, direito a um meio ambiente livre de poluição, mas sim porque não sofrem lesão em razão dessa

---

<sup>201</sup> A não realização da queima da palha inviabiliza a colheita manual da cana-de-açúcar, exigindo sua mecanização.

<sup>202</sup> Recorde-se que, anteriormente, se afastou a possibilidade de que o causador da lesão integre a sociedade titular do direito, uma vez que, na perspectiva aqui sustentada, a titularidade é vista a partir da lesão, ou seja, da violação provocada pelo réu, que ele nega existir.



conduta especificamente considerada. A intensidade das relações dos demais integrantes da sociedade com os direitos lesados torna irrelevantes as posições dessas pessoas, para a definição da tutela jurídica aplicável ao caso. Mais uma vez, portanto, a definição da titularidade não se faz de modo absoluto ou abstrato, mas relativo e concreto, tendo como referência a lesão que se pretende tutelar.

A conflituosidade, nos direitos transindividuais irradiados, é alta. A ausência de identidade de perspectivas entre os membros da sociedade, combinada com o fato de que os impactos da conduta são distribuídos entre eles desigualmente, sendo que uma parcela desses indivíduos pode ter sofrido efeitos de grande relevância, com potencial para provocar significativas alterações em suas vidas, e ainda a gama de possibilidades de tutela do direito violado, decorrente da complexidade do conflito, que impede a análise dual lícito-ilícito, fazem com que haja múltiplas polaridades na controvérsia e múltiplos interesses em jogo. Alguns membros da sociedade se interessam pela cessação total da conduta e restituição das coisas ao *status quo ante*, avaliando que os custos do impacto não justificam os benefícios<sup>203</sup>. Outros podem ter sua situação melhor tutelada se receberem compensação *in natura* pelos prejuízos, sem que seja inviabilizada a atuação do réu<sup>204</sup>. Outros, ainda, podem avaliar que a compensação pecuniária é a melhor alternativa<sup>205</sup>.

---

<sup>203</sup> No caso de usinas hidrelétricas, essa pretensão pode se manifestar a partir do argumento de que as alternativas locacionais não foram seriamente consideradas, o que acarretou impactos desnecessariamente maiores que os que seriam possíveis para a obtenção do benefício. Assim, por exemplo, uma usina pode ter sido construída nas proximidades de uma aglomeração urbana, com o objetivo de reduzir seus custos ou de obter ganho no potencial de geração, mas causando impactos de maiores dimensões aos habitantes. Isso ocorreu no caso da Usina Hidrelétrica de Aimorés, em Minas Gerais, mencionado anteriormente. Também é possível argumentar que não foi dada devida atenção à alternativa zero, ou seja, à não implantação do empreendimento. Esse é um ponto de embate recorrente entre ambientalistas e órgãos ambientais. O Manual para Elaboração de Estudos para o Licenciamento com Avaliação de Impacto Ambiental, produzido pela Companhia Ambiental do Estado de São Paulo, cujo objetivo é orientar os empreendedores que apresentarão projetos para serem licenciados, descreve a alternativa zero em apenas uma oração: "Apresentar um prognóstico sucinto para a situação de não implantação do empreendimento". Ver COMPANHIA AMBIENTAL DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Manual para Elaboração de Estudos para o Licenciamento com Avaliação de Impacto Ambiental*. Disponível em <<http://www.cetesb.sp.gov.br/userfiles/file/dd/Manual-DD-217-14.pdf>>. Acesso em 16.01.15.

<sup>204</sup> Esse é, recorrentemente, o interesse dos produtores rurais. A mudança de dinâmica econômica da região, após a implementação de empreendimentos hidrelétricos em área rural, faz com que o valor da indenização seja, não raro, insuficiente para a aquisição de terras na mesma quantidade e qualidade que as alagadas, de modo que a compensação financeira não viabiliza a continuidade de suas atividades.

<sup>205</sup> Ainda no exemplo das hidrelétricas, a compensação pecuniária pode parecer alternativa mais adequada para alguns produtores rurais, se aceitarem o prognóstico de que, em razão da mudança

Nenhuma dessas pretensões é, a princípio, ilícita, mas algumas delas podem ser, no contexto fático, auto-excludentes. Por essa razão, há um conflito entre a sociedade e o causador do dano, mas também há uma série de conflitos internos, mais ou menos graves, entre seus próprios integrantes, sem que se possa definir, *ex ante*, que alguma dessas variadas pretensões seja superior às demais.

## 2.7 Conclusão parcial

A título de conclusão parcial, apresenta-se a tese de que o conceito legal de direitos transindividuais, presente no Código de Defesa do Consumidor, assim como o conceito atualmente esposado, de modo geral, pelos estudos jurídicos acerca da matéria, é insuficiente para refletir com precisão todos os litígios relacionados a esses direitos. Essa insuficiência decorre do fato de se ignorar que os litígios coletivos têm graus variados de complexidade e de conflituosidade, que impedem que todos eles sejam tratados da mesma forma, sob pena de se dedicar recursos desnecessários a casos simples e se simplificar indevidamente casos complexos, ou de se suprimir indevidamente divergências sociais legítimas. Embora esse problema seja verificável também em relação aos direitos individuais homogêneos, quando tutelados coletivamente, o presente capítulo se dedicou aos direitos transindividuais, em decorrência da percepção de que, nestes, há necessidade de se superar a formulação conceitual que dissocia sua titularidade dos indivíduos. Essa dissociação, que faz com que tais direitos sejam “de todos, mas ao mesmo tempo, de ninguém”, retira do processo o referencial humano em relação ao qual ele deveria se orientar, bem como suprime indevidamente as posições sociais que divergem da esposada pelo legitimado coletivo, autor da ação, e ainda contribui para calar a crítica pública, por parte das pessoas cujas vidas são efetivamente transformadas pelo litígio e por seu resultado.

A solução proposta é a conceituação dos direitos transindividuais em três categorias, a partir das premissas teóricas sociológicas de Elliott e Turner, atribuindo sua titularidade a uma sociedade que é constituída sob o prisma do litígio transindividual, com o objetivo de proporcionar parâmetros para sua tutela jurídica. Assim, temos:

- 1- Litígios transindividuais globais: existem no contexto de violações que não atinjam, de modo particular, a qualquer indivíduo. Os direitos transindividuais subjacentes a tais litígios pertencentes à sociedade humana, representada pelo Estado nacional titular do território em que ocorreu a lesão;
- 2- Litígios transindividuais locais: têm lugar no contexto de violações que atinjam, de modo específico, a pessoas que integram uma sociedade altamente coesa, unida por laços identitários de solidariedade social, emocional e territorial. Os direitos transindividuais subjacentes a essa categoria de litígios pertencem aos indivíduos integrantes dessa sociedade, uma vez que os efeitos da lesão sobre ela são tão mais graves do que sobre as pessoas que lhe são externas, que tornam o vínculo destas com a lesão irrelevante para fins de tutela jurídica. Esta categoria inclui, em um segundo círculo, as situações em que, mesmo não havendo uma identidade tão forte entre os integrantes da sociedade, eles compartilham perspectivas sociais relativamente uniformes, pelo menos no que se refere à tutela do direito lesado;
- 3- Litígios transindividuais irradiados: são litígios que envolvem a lesão a direitos transindividuais que interessam, de modo desigual e variável, a distintos segmentos sociais, em alto grau de conflituosidade. O direito material subjacente deve ser considerado, nesse caso, titularizado pela sociedade elástica composta pelas pessoas que são atingidas pela lesão. A titularidade do direito material subjacente é atribuída, em graus variados, aos indivíduos que compõem a sociedade, de modo diretamente proporcional à gravidade da lesão experimentada.

Com essa conceituação, perde relevância a distinção entre direitos difusos e coletivos<sup>206</sup>. Tanto uns quanto outros poderão ser enquadrados em quaisquer das três categorias, de acordo com o perfil da lesão e o tipo de sociedade à qual o direito lesado pode ser atribuído. É certo, entretanto, que as situações tradicionalmente enquadradas como de direitos coletivos serão, na maioria dos casos, relativas a direitos transindividuais locais, uma vez que envolverão um grupo mais definido de pessoas, que compartilharão perspectivas sobre a violação. Os trabalhadores de uma categoria profissional, as mulheres prejudicadas pela desigualdade de gênero, ou os negros afetados pela desigualdade racial podem ser muito diferentes entre si, mas, em relação à lesão sofrida, compartilham perspectivas sociais consideravelmente uniformes. Os direitos difusos, por outro lado, estão distribuídos entre as três categorias, dependendo da forma como sua lesão atinge a sociedade.

#### 2.7.1 O fim dos direitos individuais homogêneos como categoria autônoma

A conclusão apresentada, no que tange aos direitos transindividuais, exige revisão também em relação aos direitos individuais homogêneos. Hoje é praticamente unânime a ideia de que os direitos individuais homogêneos podem ser tutelados coletivamente apenas por conveniência processual, permanecendo, em essência, individuais<sup>207</sup>. Mesmo Antonio Gidi que, inicialmente, defendeu que o titular dos direitos individuais homogêneos seria “um conjunto de vítimas indivisivelmente considerado”<sup>208</sup>, mudou de opinião para aderir, ainda que de modo um pouco reticente, ao pensamento majoritário, aceitando a permanência da distinção entre direitos transindividuais e individuais homogêneos<sup>209</sup>. Minoritariamente, há ainda quem relacione os direitos individuais homogêneos à pretensão de acolhimento de uma tese jurídica geral, a ser posteriormente aproveitada em processos individuais.

---

<sup>206</sup> Essa é uma tendência da doutrina mais moderna, conforme já mencionado. Cf. GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p. 219.

<sup>207</sup> V. supra, item 2.3, para referências ao pensamento que, ao longo da década de 1990, sustentou a indivisibilidade dos direitos individuais homogêneos.

<sup>208</sup> GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 23.

<sup>209</sup> GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p. 210.

Durante a fase de conhecimento, os direitos individuais homogêneos seriam indivisíveis e indisponíveis, voltando a ser divisíveis para a liquidação e execução<sup>210</sup>.

A linha de pensamento aqui exposta, embora não se filie rigorosamente ao pensamento minoritário, comunga de sua visão no sentido de que as diferenças entre os direitos transindividuais e individuais homogêneos não são tão marcantes quanto parecem. É certo que, no fundo, os direitos individuais homogêneos pertencem a pessoas identificáveis, com maior ou menor dificuldade. Todavia, isso é insuficiente para diferenciá-los dos direitos transindividuais, eis que a sociedade que titulariza essa modalidade de direitos, em qualquer das três acepções aqui propostas, também é composta de pessoas, mais ou menos individualizáveis. Logo, quando se reconceitua a titularidade dos direitos transindividuais, deixa de existir essa característica diferenciadora.

A indivisibilidade da pretensão, outra característica que distinguiria os direitos transindividuais dos individuais homogêneos, nem sempre é claramente verificável. A segurança do trabalho, por exemplo, é usualmente reputada um direito coletivo<sup>211</sup>. Entretanto, as prestações que tutelam esse direito são, não raramente, divisíveis, o que permitiria que, relativamente ao mesmo litígio, a pretensão fosse qualificada como transindividual ou individual homogênea, dependendo do modo como é posta em juízo<sup>212</sup>. Nos mesmos termos, se uma pretensão é dirigida contra o Estado, pleiteando a adoção de uma providência geral para a contenção de epidemia de determinada doença, tal como a restrição à circulação de pessoas, a doutrina brasileira tenderia a classificá-la como transindividual. Já a pretensão de que fossem fornecidas vacinas a um grupo populacional seria qualificável como individual

---

<sup>210</sup> Nesse sentido, DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo*. 9. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2014, p. 80-81. Em razão dessa visão, os autores sustentam que “os direitos individuais homogêneos são indivisíveis e indisponíveis até o momento de sua liquidação e execução, voltando a ser indivisíveis se não ocorrer a tutela integral do ilícito”. Agradeço a Fredie Didier Jr. pelos comentários que levaram à melhor estruturação deste tópico.

<sup>211</sup> Por exemplo, ver SANTOS, Elvécio Moura dos; GURGEL, Maria Aparecida. *O Ministério Público e as questões de segurança e saúde no trabalho*. Disponível em <[http://www.pgt.mpt.gov.br/publicacoes/seguranca/mpt\\_questoes\\_seg\\_saude.pdf](http://www.pgt.mpt.gov.br/publicacoes/seguranca/mpt_questoes_seg_saude.pdf)>. Acesso em 8.4.15.

<sup>212</sup> Como o fez o Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, nos autos do Recurso Ordinário 02672-2013-025-09-00-0, j. 13.8.14.

homogênea<sup>213</sup>. Assim, por mais que o pensamento jurídico procure traçar regras e delinear características que diferenciem direitos individuais homogêneos de transindividuais, enquanto categorias abstratas, a realidade insiste em não se amoldar a elas, esmaecendo as linhas distintivas teoricamente traçadas.

Quando se abandona o plano da diferenciação teórica, é perceptível que o caráter tênue da diferenciação entre direitos individuais homogêneos e transindividuais se reflete no idêntico tratamento processual que recebem, em variados aspectos. Por exemplo, a doutrina já se consolidou no sentido de que, dadas as inúmeras vantagens da tutela coletiva de direitos similarmente situados<sup>214</sup>, tanto para seus titulares, quanto para o sistema Judiciário, a legitimação coletiva deve abranger a maior extensão possível de direitos, sejam individuais ou transindividuais<sup>215</sup>. Do mesmo modo, quando se analisam os 22 princípios da tutela jurisdicional coletiva, explícitos na última versão do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, cuja redação foi coordenada por Ada Pellegrini Grinover, verifica-se que todos se aplicam, indistintamente, à tutela jurisdicional de direitos transindividuais ou individuais homogêneos<sup>216</sup>. Antonio Gidi, em seu Anteprojeto de Código de Processo

---

<sup>213</sup> O exemplo da saúde pública é lembrado por ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais*: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 305, fazendo referência à crise da “gripe suína”, que assolou o Brasil há alguns. Antonio Gidi aponta exemplo semelhante, quando afirma que a publicidade enganosa pode ser atacada tanto por uma ação individual da empresa concorrente, quanto por uma ação coletiva, o que demonstra que a pretensão não caracteriza, necessariamente, a natureza do direito violado. GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Editora Saraiva, 1995, p. 21.

<sup>214</sup> Cabe citar, pelo menos, redução de custos, equilíbrio de forças entre as partes, redução de tempo para a obtenção da tutela, redução de ônus para o Poder Judiciário, obtenção de pacificação social, evitando-se decisões contraditórias. Ver, por exemplo, SHIMURA, Sérgio. *Tutela coletiva e sua efetividade*. São Paulo: Editora Método, 2006, p. 48.

<sup>215</sup> Ver, por exemplo, ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Codificação do Direito Processual Coletivo Brasileiro*: análise crítica das propostas existentes e diretrizes para uma nova proposta de codificação. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007, p. 65.

<sup>216</sup> São eles: “Art. 2º São princípios da tutela jurisdicional coletiva:

- a. acesso à justiça e à ordem jurídica justa;
- b. universalidade da jurisdição;
- c. participação pelo processo e no processo;
- d. tutela coletiva adequada;
- e. boa-fé e cooperação das partes e de seus procuradores;
- f. cooperação dos órgãos públicos na produção da prova;
- g. economia processual;
- h. instrumentalidade das formas;
- i. ativismo judicial;
- j. flexibilização da técnica processual;
- k. dinâmica do ônus da prova;

Civil Coletivo, exigiu apenas a existência de questão comum de fato ou de direito para permitir a tutela, indiscriminadamente, de ambas as categorias<sup>217</sup>. Quando se escrutinam processos relativos a direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, o que se encontra são litígios entre pessoas, mais ou menos determinadas. Aceitando-se que os direitos transindividuais não são direitos sem titular, nem ensejam, em todos os casos, pretensões indivisíveis, não há qualquer característica capaz de distingui-los claramente dos individuais homogêneos. Insistir na categorização significa apenas dar margem a dúvidas interpretativas que não têm utilidade, ou melhor, não deveriam ter utilidade, mas são recorrentemente utilizadas para restringir as possibilidades de tutela coletiva.

A ausência de distinção pode ser mais facilmente percebida quando se analisa um litígio de dimensão local. Em 2011, o Ministério Público Federal realizou uma audiência pública no município de Salto da Divisa-MG, com o objetivo de avaliar impactos da construção de uma usina hidrelétrica construída no rio Jequitinhonha. Entre os problemas constatados em razão da alteração das características do rio, estava a impossibilidade do exercício profissional das lavadeiras de roupas, que se valiam do rio para o desempenho de sua atividade<sup>218</sup>. Na sistemática atual, esse

- 
- l. representatividade adequada;
  - m. intervenção do Ministério Público em casos de relevante interesse social;
  - n. não taxatividade da ação coletiva;
  - o. ampla divulgação da demanda e dos atos processuais;
  - p. indisponibilidade temperada da ação coletiva;
  - q. continuidade da ação coletiva;
  - r. obrigatoriedade do cumprimento e da execução da sentença;
  - s. extensão subjetiva da coisa julgada, coisa julgada secundum eventum litis e secundum probationem;
  - t. reparação dos danos materiais e morais;
  - u. aplicação residual do Código de Processo Civil;
  - v. proporcionalidade e razoabilidade.

<sup>217</sup> Art. 3º, I, do Anteprojeto. Em obra mais recente, Gidi parece não mais disposto a levar seu pensamento às últimas consequências, postulando a manutenção da diferenciação entre direitos transindividuais e individuais homogêneos. Ver GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p. 210-215.

<sup>218</sup> A audiência foi divulgada em <<http://www.prmg.mpf.mp.br>> e reproduzida em <<http://mpf.jusbrasil.com.br/noticias/2271723/audiencia-publica-discute-impactos-ambientais-da-usina-de-itapebi-mg>>. Acesso em 14.04.15. A nota à imprensa descreveu da seguinte forma a situação das lavadeiras: “Estiveram presentes na audiência membros e representantes de trabalhadores especialmente atingidos pela usina: as lavadeiras do Rio Jequitinhonha, pescadores, extratores de pedras e pedreiros. Em seus relatos, o testemunho de quem perdeu seu meio de trabalho e única fonte de renda, que eram intrinsecamente ligados e dependentes do rio. Nessa condição, ressalta-se a situação das lavadeiras do Jequitinhonha, conhecidas em todo o país pelas cantigas que entoavam enquanto lavavam as roupas no rio. Por isso, mais do que o drama pessoal, foi também o fim de uma instituição cultural. A construção da usina resultou na poluição das

mesmo litígio poderia ser objeto tanto de tutela transindividual, quanto de tutela de direitos individuais homogêneos. Seria possível conceber as lavadeiras como uma categoria profissional, cuja tutela seria realizada mediante provimento indivisível, por exemplo, com a construção de uma lavanderia coletiva, onde continuariam a trabalhar, ensejando uma noção de direito coletivo. Por outro lado, seria possível visualizar a existência de direitos individuais homogêneos, pretendendo-se a reparação individual de cada lavadeira, de acordo com a renda que auferia antes da alteração do meio ambiente.

O problema da situação exposta é que o litígio que existe na realidade é rigorosamente o mesmo: pessoas cujos direitos foram lesados pela atuação de terceiro buscam tutela, no caso, do direito fundamental ao trabalho. Essa tutela é buscada pela via do processo coletivo, com a atuação processual de um terceiro, legitimado pela lei. Entretanto, na sistemática do Código de Defesa do Consumidor, o mero fato da pretensão ser apresentada sob roupagem coletiva ou individual homogênea é suficiente para alterar as consequências do processo, por exemplo, relativamente à coisa julgada, e possibilitar questionamentos acerca da legitimidade do autor da ação, com o objetivo de limitá-la. É possível que o Ministério Público fosse considerado legítimo a apresentar a pretensão coletiva, mas não as individuais homogêneas<sup>219</sup>.

Quando a análise parte do litígio e não da conceituação abstrata dos direitos, não parece haver fundamento para atribuir consequências jurídicas distintas a situações

---

águas e as cerca de 30 lavadeiras perderam sua fonte de sustento, embora a empresa tivesse prometido que elas poderiam continuar a exercer seu ofício. Nos acordos celebrados àquela época, foi prevista a construção de uma lavanderia, o que realmente foi feito, mas com pias tão pequenas, que impedem a sua utilização, além de se cobrar pelo uso da água e da energia. Resultado: a lavanderia está abandonada.

Nenhuma lavadeira recebeu indenização do empreendedor pelo fim da sua profissão. Hoje, não é mais possível lavar roupa no rio, nem há clientela que entregue suas roupas para serem lavadas em águas poluídas. Estão todas desempregadas, com idade avançada, sem perspectiva de assumir uma nova profissão". A audiência pública foi conduzida pelo autor destas linhas, em conjunto com o Procurador da República Fernando Zelada, e constitui a origem remota das indagações que redundaram na presente tese.

<sup>219</sup> O dissenso está bem representado no julgamento do Resp 974.489/PE, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 25/11/2008, DJe 21/05/2009, no qual se debateu a legitimidade ativa do Ministério Público Federal para ajuizamento de ação em defesa dos direitos individuais homogêneos dos consumidores de energia elétrica. Mais recentemente, o Superior Tribunal de Justiça atenuou seus entendimentos de ilegitimidade ativa coletiva, especialmente em relação ao Ministério Público, embora ainda exija a demonstração de existência de interesse social para autorizar-lhe o ajuizamento de ação para tutela de direitos individuais homogêneos. Ver AgRg no REsp 1.038.389/MS, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, julgado em 25/11/2014, DJe 02/12/2014.



que são, concretamente, indiferenciadas. Como afirmou Antonio Gidi, tais definições “colocadas à prova da realidade dos fatos (...) se mostraram menos precisas e adequadas do que pareciam ser à primeira vista”<sup>220</sup>. A classificação abstrata dos direitos coletivos é “de escassa utilidade, sendo, em verdade, extremamente perigos[a]”<sup>221</sup>, eis que utilizada para justificar limitações artificiais à atuação dos legitimados coletivos. No exemplo mencionado, o litígio das lavadeiras é de caráter local, envolvendo pessoas que compartilham características identitárias, que lhes atribuem um razoável grau de coesão em relação ao litígio. É dessa constatação, que se ampara no perfil concreto da lesão, que devem ser extraídas consequências para o processo.

Teori Zavascki afirma que “na origem das principais controvérsias em matéria de processo coletivo, está a falta de adequada distinção entre direitos coletivos (transindividuais) e direitos individuais tutelados coletivamente”<sup>222</sup>. O autor entende que é indispensável que a lei atribua disciplina diferenciada para direitos transindividuais e individuais homogêneos porque, da perspectiva do direito material, os primeiros não têm titular determinado e são materialmente indivisíveis, características ausentes nos individuais homogêneos, que são direitos individuais, passíveis de tutela coletiva ou individual. Após expor as peculiaridades processuais do sistema atual de tutela, conclui que, dadas as características naturais de cada espécie, “qualquer que seja o modelo processual que se queira adotar, qualquer que seja o nível de reforma que se venha a promover no modelo existente (...) é impossível negar-lhes tratamento processual especial em vários aspectos importantes”<sup>223</sup>. Entre esses aspectos, o autor afirma que, nos direitos transindividuais, é essencial que a legitimidade ativa se dê por substituição processual e a execução jamais se faça em benefício individual, enquanto nos individuais homogêneos, o cumprimento da sentença obedece o esquema individual

---

<sup>220</sup> GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p. 210.

<sup>221</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>222</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. Reforma do processo coletivo: indispensabilidade de disciplina diferenciada para direitos individuais homogêneos e para direitos transindividuais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 33-38. Citação p. 33.

<sup>223</sup> Idem, p. 35

de legitimidade e se faz em benefício do titular do direito. Os direitos transindividuais permitem que a controvérsia seja totalmente dirimida no procedimento comum, enquanto nos individuais homogêneos, é essencial que a sentença seja genérica e, posteriormente, liquidada em favor dos indivíduos. O objeto de uma ação relativa a direitos individuais homogêneos é o mesmo das ações individuais, ao passo que a ação individual jamais terá como objeto um direito transindividual.

Contudo, ao final de seu trabalho, o próprio Zavascki reconhece que, na prática, as diferenças teóricas por ele apontadas podem não ser verificáveis, mas afasta o problema, afirmando que “a existência de situações que fogem dos padrões conceituais rígidos de modo algum infirma a necessidade de empreender, no plano da instrumentalização processual, as devidas distinções e diferenciações”<sup>224</sup>. Esse posicionamento parece insuficiente. Os equívocos na condução do processo coletivo não decorrem da dificuldade teórica de distinguir direitos transindividuais de individuais homogêneos, mas da constatação de que, na prática, há casos que se amoldam mal ao modelo teórico. De fato, no exemplo das lavadeiras de Salto da Divisa, da segurança do trabalho, da tutela da saúde pública e tantos outros, é tênue a linha distintiva entre pretensões individuais homogêneos e transindividuais, que podem estar misturadas no mesmo processo<sup>225</sup>. O que interessa é que, seja qual for a pretensão, o que se quer é dar tutela jurisdicional adequada aos direitos de uma sociedade, cuja identidade dos membros é mais ou menos definida e cuja tutela pode ser buscada tanto de modo indivisível, quanto divisível.

Nesses termos, mesmo autores que postulam a indispensabilidade da distinção reconhecem sua inconsistência com a realidade, o que é indício de que melhores resultados poderiam ser obtidos com a sua eliminação. Não há como justificar a insistência em uma classificação recorrentemente incompatível com os problemas postos pela prática. A resistência a se associar direitos transindividuais e individuais homogêneos é sustentada na noção de que os primeiros não têm titular determinado, o que, conforme demonstrado, não é verdadeiro. Da perspectiva do litígio, é sempre possível identificar uma sociedade titular do direito, composta de

---

<sup>224</sup> Idem, p. 38.

<sup>225</sup> Essa é uma situação muito comum. Basta que se pleiteie reparação individual em conjunto com providências de índole transindividual, como a construção de uma nova lavanderia e o pagamento de indenizações individuais.

peças mais ou menos atingidas pela violação, cujos interesses podem ser tomados como referência para a concretização da tutela. Se a lesão atinge, de modo específico, pessoas definidas, é natural que o cumprimento da sentença seja feito em benefício desses indivíduos. O direito de uma comunidade indígena, alcançada pelo alagamento de suas terras decorrente do barramento de um rio, ser realocada, incide sobre os indivíduos indígenas concretamente existentes, embora se trate de direito transindividual, usufruído em caráter de grupo. Pelo contrário, por mais identificados que sejam os titulares dos direitos, o cumprimento de sentença será realizado coletivamente, sem qualquer consideração a suas particularidades, quando for conduzido em favor do fundo, nos termos do art. 100 do CDC. Nessa situação, os direitos individuais homogêneos pouco se diferenciam dos transindividuais, revertendo o resultado do litígio em favor da sociedade como um todo e cumprindo, por isso, um papel mais amplo que o da tutela dos direitos individuais lesados<sup>226</sup>. Fenômeno similar se verifica nas situações em que o cumprimento de sentença é conduzido em favor dos indivíduos concretamente lesados, mas com a atribuição de eficácia mandamental à sentença condenatória, determinado que o réu adote providências para reparar cada um dos lesados, independentemente de atuação pessoal dos mesmos em uma segunda fase processual, conforme já permitiu o Superior Tribunal de Justiça<sup>227</sup>. Assim, a divisão do processo atinente a direitos individuais homogêneos em duas fases, apontada por Zavascki, é apenas acidental e não estrutural do sistema<sup>228</sup>.

---

<sup>226</sup> No sentido do texto, DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo*. 9. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2014, p. 85: "...pelo que pudemos perceber até aqui, a tutela desses direitos não se restringe aos direitos individuais das vítimas. Vai além, tutelando a coletividade mesmo quando os titulares dos direitos individuais não se habilitarem em número compatível com a gravidade do dano, com a reversão dos valores ao FDD. Assim, não se pode continuar afirmando serem esses direitos estruturalmente direitos individuais, sua função é notavelmente mais ampla".

<sup>227</sup> REsp 767.741-PR, rel. Min. Sidnei Beneti, DJ 24.08.10: "Na peculiar situação de defesa coletiva de direitos individuais homogêneos (diferenças devidas aos poupadores em decorrência dos planos econômicos passados), é possível se conferir eficácia mandamental à sentença, sem que se verifique qualquer prejuízo processual ou de ordem material aos envolvidos. No caso, a aplicação de tradicional procedimento executório, pelos indivíduos beneficiados pela sentença, causaria insuperáveis transtornos ao Judiciário, traria desnecessário ônus aos titulares de direito e, posteriormente ao próprio devedor, razão pela qual admite-se a moderna aplicação do direito, para se atingir a finalidade social de lei".

<sup>228</sup> Cabe observar que o texto de Zavascki é anterior ao julgado.

Mais recentemente, quem melhor se atentou para a insuficiência da conceituação dos direitos individuais homogêneos foi Sérgio Cruz Arenhart, que observa que o Superior Tribunal de Justiça, em ocasiões distintas, adotou concepções variadas desses direitos, ora vinculando-os à origem fática comum, ora à identidade das causas de pedir das pretensões individuais, ou à presença de aspectos que digam respeito a todos os indivíduos envolvidos<sup>229</sup>. Para o autor, “não há elemento de direito material que torne especial essa categoria de interesses”, que seriam apenas uma especial nuance da tutela dos direitos individuais. O problema, ainda pendente de definição, seria a determinação do conceito de origem comum, estabelecido laconicamente pelo CDC. Arenhart colaciona definições vinculadas à preponderância das questões comuns sobre as individuais, à quantidade de sujeitos envolvidos, à viabilização do acesso à Justiça e à homogeneidade da tutela. Ao final, propõe que a tutela dos direitos individuais homogêneos deve ser oportunizada nas situações em que, por um critério de proporcionalidade pan-processual, se visualizar utilidade no tratamento coletivo de interesses individuais, para o Judiciário e para as partes, mas esteja inviabilizada a formação do litisconsórcio, tudo com o objetivo de “distribuir de forma mais racional os recursos jurisdicionais entre os casos submetidos à apreciação judicial”<sup>230</sup>. Por outro lado, a coletivização não será admissível se for impossível preservar a representação adequada dos indivíduos ou seu direito de exclusão do processo coletivo, ou ainda, se houver desproporção entre a aglutinação realizada e o resultado obtido<sup>231</sup>.

Embora a preocupação de Sérgio Arenhart esteja focada apenas nos direitos individuais homogêneos, os critérios por ele desenvolvidos demonstram o quão próximos esses direitos, quando tutelados coletivamente, estão dos direitos transindividuais. Lesões transindividuais também derivam de um evento que atinge a uma sociedade, criando algum tipo de vínculo, mais ou menos tênue, entre seus integrantes, que torna útil que a lesão seja tutelada para todos eles, não apenas para alguns. Essa utilidade é ainda mais manifesta em razão da ausência de legitimação legal, em favor dos indivíduos ou do grupo, para demandar a tutela de

---

<sup>229</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais*: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 48-49.

<sup>230</sup> Idem, p. 145-156.

<sup>231</sup> Idem, p. 217-219.

direitos transindividuais<sup>232</sup>. A proximidade entre as duas categorias se torna mais evidente quando Arenhart demonstra, com razão, que o direito de se excluir da decisão coletiva não deve existir, mesmo nos direitos individuais homogêneos, se for incompatível com a própria essência da coletivização, ou se contrariar o interesse público do Poder Judiciário na solução conjunta das causas<sup>233</sup>. Assim, mesmo o direito do indivíduo se excluir da demanda coletiva, uma das bases da diferenciação entre direitos individuais homogêneos e transindividuais, deve ceder, se outros valores forem concretamente preponderantes.

Fica claro que a evolução do pensamento processual coletivo vem demonstrando, ainda que de modo implícito, que não há utilidade em se buscar caracterizações ou diferenciações abstratas entre os direitos materiais tutelados pela via coletiva, nem mesmo em razão de sua natureza individual ou transindividual. Essas distinções só têm gerado “enormes dificuldades de interpretação e grandes confusões na aplicação dos instrumentos processuais para a respectiva tutela jurisdicional”<sup>234</sup>. O que existe, em qualquer situação, reitere-se, é uma sociedade de pessoas, que sofre mais ou menos com a violação de seus direitos, à qual o processo busca mecanismos para entregar a tutela jurisdicional mais adequada possível. É provável que, em casos complexos, nem o próprio legitimado coletivo saiba se está demandando direitos individuais homogêneos ou transindividuais, porque, para os fins de sua atuação, essa distinção não faz qualquer diferença.

Isso posto, o problema é definir, dada a irrelevância processual de uma distinção que funda o processo coletivo brasileiro, o que deve substituí-la. O presente trabalho sustenta que o processo coletivo deve tomar como ponto de partida as características do litígio, a intensidade com a qual ele atinge pessoas determinadas

---

<sup>232</sup> Ressalvada apenas a situação dos índios. O art. 232 da Constituição dispõe que “Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo”. Assim, por exceção constitucional, as comunidades indígenas, mesmo que despersonalizadas, têm legitimidade para demandar direitos individuais homogêneos ou transindividuais que lhes concernam.

<sup>233</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais*: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 220.

<sup>234</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. Reforma do processo coletivo: indispensabilidade de disciplina diferenciada para direitos individuais homogêneos e para direitos transindividuais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 33-38. Citação p. 33.

e a distribuição dos ônus de sua ocorrência entre os membros que integram a sociedade que se cria a partir da lesão, a qual é designada como titular dos direitos especificamente violados em cada caso. Logo, a classificação dos litígios individuais homogêneos deve seguir as mesmas categorias propostas para os direitos transindividuais, quais sejam, litígios de difusão global, local ou irradiada.

Litígios individuais homogêneos globais são aqueles em que a lesão individual dos titulares do direito é diminuta, de modo a não interessar pessoalmente a qualquer deles. As pequenas lesões aos consumidores são o exemplo mais rotineiro. A tutela, nesse caso, tem como foco evitar que o causador da lesão se aproprie do lucro com ela auferido. Esse objetivo interessa, indistintamente, à sociedade globalmente considerada, não apenas aos indivíduos que tiveram seu patrimônio reduzido de modo insignificante. Proporcionar a cada lesado a reparação de sua perda patrimonial é um objetivo secundário. Tanto é assim que o próprio Código de Defesa do Consumidor permite, no art. 100, após o exíguo prazo de um ano, que os valores decorrentes da condenação sejam revertidos a um fundo de reparação, denotando pouca preocupação com os indivíduos que seriam titulares daquele direito. Não se exigiu, com razão, qualquer esforço do legitimado coletivo para identificar essas pessoas, dado que o procedimento de identificação poderia ser mais dispendioso que a cota destinada a cada um deles. O litígio individual homogêneo global poderá ser simples, se a identificação da tutela adequada a ser requerida não acarretar dificuldades, como poderá ser, em alguns casos mais incomuns, complexo. A conflituosidade do grupo titular, todavia, será sempre baixa, dado o desinteresse dos indivíduos no objeto da lesão<sup>235</sup>.

Os direitos individuais homogêneos locais são lesões causadas a um grupo de pessoas mais definido que o grupo das lesões globais, com severa gravidade no patrimônio de cada uma delas, tais como a perda patrimonial substancial, o adoecimento ou mesmo a morte. É o exemplo dos *mass torts*, nos Estados

---

<sup>235</sup> HENSLER, Deborah et. al. *Class Action Dilemmas: Pursuing Public Goals for Private Gain*. Santa Monica: RAND, 2000, relatam um caso em que o arredondamento das frações inferiores a um centavo, nas apólices de seguro elaboradas pela empresa Heilig-Meyers, foi feito de modo indevido, acarretando ganho para o segurador. Embora apenas o valor das despesas e honorários advocatícios tenha sido acordado em US\$ 580 mil, as lesões individuais foram estimadas em US\$ 3,83. O caso foi *Inman v. Heilig-Meyers*.

Unidos<sup>236</sup>. Embora essas pessoas não tenham, via de regra, um laço identitário que as permitisse figurar no que foi denominado primeiro círculo dos direitos transindividuais locais, a lesão faz com que, não raramente criem entre si um laço de solidariedade, compartilhando perspectivas comuns acerca do evento que as afetou. Esse fenômeno pode ser verificado pela proliferação das associações de vítimas de eventos lesivos<sup>237</sup>. Em situações desse tipo, a preocupação da tutela dos direitos, quando realizada coletivamente, não é evitar o enriquecimento do causador do dano, mas sim a recomposição, da melhor forma possível, do patrimônio das vítimas. Nessa categoria, portanto, os interesses dos indivíduos ausentes no processo são substancialmente mais relevantes que na primeira e o foco da ação coletiva será, por isso, bastante diferente<sup>238</sup>. A conflituosidade, assim como exposto em relação aos direitos transindividuais locais, é média. Os diversos lesados têm um liame que os agrega, que os impele à ação conjunta, mas também podem ter visões distintas sobre a melhor forma de conduzir seus interesses.

Finalmente, litígios individuais homogêneos irradiados são aqueles em que há feixes de interesses individuais homogêneos emaranhados em uma mesma situação. Esses interesses, ainda que tenham “origem comum”, como requer a lei, são, por assim dizer, pouco homogêneos em outros aspectos, como a dimensão da lesão individual, as possibilidades de tutela do direito lesado, a diferenciação de perspectivas dos titulares do direito e a mutabilidade das características do litígio. São litígios de alta complexidade e conflituosidade, em relação aos quais haverá incerteza acerca do melhor modo de se obter a tutela jurisdicional coletiva e de quais

---

<sup>236</sup> Para alguns exemplos, tais como as contaminações provocados pela inalação de amianto ou pelo contaminante *agent orange*, ver SCHUCK, Peter H. *Agent Orange on Trial: Mass Toxic Disasters in the Courts*. Enlarged Edition. Cambridge: Harvard University Press, 1987; WEINSTEIN, Jack B. *Individual justice in mass tort litigation*. Evanston: Northwestern University Press, 1995; ROSENBERG, David. Class Actions for Mass Torts: Doing Individual Justice By Collective Means. In: *Indiana Law Journal*, vol. 62, 1987, p. 561-596. Um dos casos analisados por Hensler et. al., relativo a contaminação ambiental com significativas perdas patrimoniais também exemplificaria um caso de mass tort. Ver HENSLER, Deborah et. al. *Class Action Dilemmas: Pursuing Public Goals for Private Gain*. Santa Monica: RAND, 2000.

<sup>237</sup> Por exemplo, Associação dos Familiares de Vítimas e Sobreviventes da Tragédia de Santa Maria, Associação das Vítimas de Acidentes do Trabalho, Associação dos Familiares e Amigos das Vítimas do Voo TAM JJ3054, Associação Brasileira de Familiares de Vítimas do Voo Air France 447, Associação dos Anjos de Realengo, Associação de Vítimas de Erros Médicos, dentre muitas outras.

<sup>238</sup> Cabe observar que, por razões que serão melhor discutidas no Capítulo 4, essas ações são raras no Brasil. Na maioria das vezes, as situações que seriam equivalentes aos *mass torts* norte-americanos são tuteladas apenas na via individual.

são os interesses dos titulares do direito, ausentes do processo. Essa situação pode ser exemplificada com os impactos individuais provocados pela construção de grandes barragens em rios, exemplo que também ilustrou o problema dos direitos transindividuais irradiados. Sob o prisma individual, tal lesão acarreta distintos impactos, de diversas magnitudes, sobre os patrimônios individuais de variadas categorias de pessoas. Todos esses danos têm “origem comum”, o que os qualifica como individuais homogêneos, mas a forma como cada indivíduo é atingido e suas pretensões em relação às possibilidades de tutela são distintas.

Nesse contexto, se é verdadeiro que tudo o que é sólido desmancha no ar<sup>239</sup>, é chegado o momento de desmanchar a diferenciação entre direitos transindividuais e direitos individuais homogêneos. Cabe reconhecer-lhe o valor e a primazia histórica, que garantiram a implementação da tutela coletiva no Brasil<sup>240</sup>. Todavia, diversos autores já se atentaram para o fato de que a mesma situação pode acarretar lesões a direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos<sup>241</sup>, importando que apenas a pretensão pode definir a natureza dos direitos tutelados<sup>242</sup>, ou seja, que a diferença existe apenas no plano processual, do mesmo modo que a diferença entre direitos individuais “puros” e individuais homogêneos. Não obstante, como demonstrado, mesmo no plano processual, essa tentativa de diferenciação é artificial e até mesmo perigosa para a tutela adequada e efetiva dos direitos, já que passou a ser utilizada com a única finalidade de restringir o rol de direitos tuteláveis coletivamente.

Não existem características de direitos que, *a priori*, os tornem mais ou menos aptos à tutela coletiva. O que interessa verdadeiramente para o processo e para a atuação

---

<sup>239</sup> BERMAN, Marshall. *Tudo o que é sólido desmancha no ar*. Tradução de Carlos Felipe Moisés e Ana Maria Ioriatti. São Paulo: Companhia das Letras, 2001. A frase que dá título ao livro é uma referência ao manifesto comunista. Berman produz uma narrativa da modernidade na qual ressalta a dissolução de conceitos em um mundo em perpétua desintegração, agitação e agústia.

<sup>240</sup> Todavia, como diz Gidi, as normas jurídicas envelhecem muito rápido. GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p. 207. O autor também afirma a importância histórica e pedagógica das normas de definição das espécies de direitos coletivos, asseverando, todavia, que sua utilidade já se exauriu. *Idem*, p. 210.

<sup>241</sup> A referência mais mencionada é NERY JR., Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 160, relativo ao naufrágio do “Bateau Mouche IV”, do qual poderia redundar lesões tanto a direitos difusos, quanto coletivos ou individuais homogêneos. Cabe ressaltar que, apesar de embasado em hipótese concreta, o exemplo do autor é fictício. Não existiram as ações coletivas que ele vislumbra a partir da situação.

<sup>242</sup> Nesse sentido, a posição de Kazuo Watanabe, in: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JR., Nelson. *Código de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed, vol II. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 77-80.



dos atores processuais não é a categorização abstrata dos direitos, mas as características do litígio coletivo. Essa é a premissa a partir da qual se deve reconstruir o processo coletivo e seus elementos, inclusive, de modo especial, a atuação do legitimado, que deve ser vantajosa para os interessados excluídos do processo. O cerne do problema está nos limites da representação, seja de direitos pertencentes a uma sociedade composta de indivíduos mais ou menos determinados, seja de direitos concernentes a cada um desses indivíduos. A decisão sobre viabilizar ou não que a tutela jurídica seja perseguida por alguém que não é o titular do direito independe de se definir categorias abstratas que admitem ou inadmitem, *a priori*, a atuação de um representante<sup>243</sup>. As questões centrais para a reconstrução da ideia de atuação processual representativa são a) saber qual a probabilidade de se obter, mediante um processo representativo, tutela adequada do direito material violado e, b) até que ponto a ordem jurídico-constitucional vigente admite que o legislador opte por esse sistema.

É perceptível que as características dos litígios individuais homogêneos são idênticas, nos aspectos aqui reputados relevantes, às dos litígios transindividuais, motivo pelo as categorias serão reunidas, daqui por diante, sob as expressões litígios coletivos globais, locais ou irradiados. Elas serão utilizadas para fazer referência a situações litigiosas com características globais, locais ou irradiadas, independentemente da classificação dos direitos ou das pretensões que delas decorrem em transindividuais ou individuais homogêneas.

### 2.7.2 Alguns efeitos esperados da reconceituação

O conceito tripartite formulado acima é, reconhece-se, bastante mais complexo que o atualmente existente nos estudos do processo coletivo. Entretanto, se um conceito

---

<sup>243</sup> Embora esteja claro pelo contexto, não é exagerado ressaltar, para evitar dúvidas, que o termo representação, neste trabalho, é utilizado para designar a atuação de alguém em lugar de outrem, não no sentido técnico do processo individual, relativo a alguém que pleiteia, em nome alheio, direito alheio. É a mesma acepção normalmente utilizada na doutrina do processo coletivo, quando trata de adequação da representação ou representatividade adequada.

mais complexo puder dar conta da realidade dos litígios coletivos com mais precisão, ele terá valido o esforço.

As premissas adotadas permitem reconstruir as categorias do processo coletivo, tomando como ponto de partida o litígio concretamente verificado, ao invés da categorização abstrada de direitos ou de pretensões. Quando se parte do litígio coletivo, é possível orientar as categorias processuais coletivas – ação, competência, intervenção de terceiros, sentença, coisa julgada e sua efetivação – em sentidos distintos dos atualmente prevalentes, mais aderentes à realidade do conflito existente. Dois pontos centrais que serão abordados com mais detalhes, nos capítulos seguintes, merecem ser enunciados em razão do impacto que as novas premissas lhes acarretarão: a relação entre representação e participação da sociedade titular do direito no processo coletivo e os seus eventuais conflitos internos. Como deve ser delineada a garantia do devido processo legal no contexto coletivo, não no âmbito intraprocessual, entre o legitimado coletivo e seu adversário, mas no âmbito extraprocessual? Em outras palavras, que tipo de processo é devido aos titulares do direito, ausentes do processo? Em segundo lugar, conforme se demonstrou, é possível que a sociedade titular do direito divirja acerca da solução pretendida para o conflito, em razão de sua elevada complexidade e conflituosidade. Nessa situação, qual deve ser a postura do legitimado coletivo? Como será possível propiciar adequada tutela ao direito material violado, se nem mesmo aqueles que sofreram a violação estão de acordo sobre qual seria essa tutela adequada?

Atualmente, essas duas questões se respondem de modo bastante simples: a coletividade é indeterminada, mesmo que seja determinável, logo, ela não participa do processo. Além disso, no caso dos direitos transindividuais, a lesão ao bem jurídico é reputada indivisível, de modo que todos são atingidos por ela igualmente e, assim, receberão reparação uniforme quando a tutela for efetivada. O legitimado coletivo atua por disposição de lei, o que o isentaria de prestar contas à sociedade representada, até mesmo porque, ainda que pretendesse fazê-lo, não saberia a quem se dirigir, dada a indeterminação da titularidade dos direitos. Por essa razão, ao legitimado caberia delimitar, independentemente de quaisquer conflitos sociais, a pretensão a ser posta em juízo, no exercício da competência que lhe foi atribuída pela lei, de acordo com sua própria interpretação do ordenamento jurídico.

Curiosamente, a doutrina atual é tímida na especificação das obrigações do legitimado para com os ausentes<sup>244</sup> também em relação aos direitos individuais homogêneos, nos quais haveria determinação da titularidade e divisibilidade do direito, ou seja, na ausência das justificativas que sustentam essa omissão para os transindividuais. Nesse aspecto, a proposta aqui apresentada, que afirma a inutilidade da diferenciação entre direitos individuais homogêneos e transindividuais, já vigora há muito no pensamento brasileiro, dado que, em ambas as situações, inexistem condicionantes para a atuação do legitimado coletivo. A atribuição legal de legitimidade bastaria para que eses entes estivessem autorizados a atuar no processo de acordo com suas próprias concepções acerca dos interesses da sociedade e da interpretação das normas jurídicas aplicáveis ao caso.

Assim, a primeira hipótese a ser verificada é a de que a garantia do devido processo legal demanda, especialmente nas situações relacionadas a litígios locais ou irradiados, que as posições das pessoas concretamente envolvidas no conflito sejam consideradas ao longo do processo, e, no caso dos litígios irradiados, com tanto maior cuidado quanto maior for a sua proximidade do epicentro da lesão. É preciso afastar o tratamento da sociedade, no âmbito do processo coletivo, como um ente despersonalizado. Ao fazê-lo, o processo coletivo manobra para renegar seu nascimento: os direitos difusos nascem, na construção teórica, como “de todos”, mas como “todos” são indeterminados, na realidade concreta do processo, ninguém tem direito de dele participar. Por outro lado, os indivíduos cujos interesses no litígio são apenas ideológicos ou de pequena monta, devem ser considerados apenas periféricamente, e na medida em que não atrapalhem a obtenção de uma tutela efetiva. Inadmitir que um ambientalista do Rio Grande do Sul participe de uma ação relativa à construção de um porto na região do encontro das águas do Rio Amazonas poderá indigná-lo, mas em nada alterará a sua vida cotidiana. Desconsiderar a posição das pessoas que vivem do turismo na região é cometer

---

<sup>244</sup> Há posições doutrinárias no sentido de que o juiz poderia analisar a representatividade adequada do legitimado coletivo. Cf. GIDI, Antônio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 108, out/dez 2002, p. 61-70. DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*: processo coletivo. 9. ed. Editora Juspodivm, 2014, p. 215. Esse assunto será retomado ao final do Capítulo 4. Deve-se adiantar que, fora as discussões acerca da pertinência temática entre a matéria litigiosa e as finalidades institucionais do ente coletivo legitimado, desconhece-se qualquer decisão judicial que tenha negado ou mesmo avaliado a representatividade de um legitimado coletivo à luz da compatibilidade da pretensão por ele posta em juízo e a vontade da sociedade titular do direito.

uma potencial injustiça, que pode redundar em graves consequências para a sobrevivência de sua atividade econômica<sup>245</sup>.

Outra decorrência da posição atualmente predominante, que se pretende afastar, é a inexistência de um debate acerca da responsabilidade do legitimado coletivo perante a sociedade titular do direito. Não é nova, na doutrina norte-americana, a discussão acerca da responsabilidade – ou *accountability*<sup>246</sup> – do autor da ação coletiva perante a classe. Como o sistema americano permite que o representante se eleja para tal condição<sup>247</sup>, o debate concernente aos limites de sua atuação e aos modos de possibilitar que a classe a controle repercutiu intensamente entre os estudiosos. Conforme afirma Bryant Garth, a decisão de ajuizar ou não uma ação coletiva acerca de uma questão que tenha um considerável impacto sobre os indivíduos é grave e implica custos, o que demanda alguma medida de responsabilidade perante os “supostos beneficiários”<sup>248</sup>. Apesar da diferença entre os sistemas brasileiro e norte-americano, não há motivo para se imaginar que essa discussão seja alheia ao Brasil. Afinal, é consenso praticamente absoluto na doutrina que o legitimado coletivo não demanda direito próprio<sup>249</sup>, mas sim direito

<sup>245</sup> O Ministério Público Federal tratou dessa situação no âmbito da Ação Civil Pública 10007-40.2010.4.01.3200, em tramitação perante a 7ª Vara Federal da Seção Judiciária do Amazonas. A construção do Porto das Lages foi obstada por liminar concedida na ação. Posteriormente, foi reconhecido conflito federativo nos autos da Reclamação 12.957/AM e a ação foi remetida ao Supremo Tribunal Federal, encontrando-se ainda pendente quando da elaboração da presente tese, com ordem de proibição da realização da obra. Esse é um interessante exemplo de litígio irradiado de alta complexidade, que envolve interesses econômicos tanto na construção do porto, que poderia trazer desenvolvimento industrial e logístico para a região, quanto na não construção, que privilegiaria as atividades relacionadas ao turismo.

<sup>246</sup> Conforme ressalta Antonio Gidi, a tradução de expressões técnicas estrangeiras é ingrata. *Accountability* não significa propriamente responsabilidade, no sentido que lhe atribuiria um civilista, mas sim no sentido de ser responsável perante alguém, ter que prestar contas a outra pessoa.

<sup>247</sup> Ou é eleito pela parte contrária, no caso das ações coletivas passivas.

<sup>248</sup> GARTH, Bryant G. Conflict and dissent in class actions: a suggested perspective. In: *Northwestern University Law Review*, vol. 77, n. 4, 1982, p. 492-535. O trecho referido está na p. 494.

<sup>249</sup> Em sentido contrário, a corrente inaugurada por WATANABE, Kazuo. *Tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, coord. *A tutela dos interesses difusos: doutrina, jurisprudência e trabalhos forenses*. São Paulo: Max Limonad, 1984. É preciso ressaltar, todavia, que embora essa corrente ainda encontre adeptos, o próprio Kazuo Watanabe mudou de posição posteriormente, esclarecendo que o objetivo dessa construção, ainda nos primórdios do processo coletivo no Brasil, era apenas viabilizar a tutela dos direitos, em um contexto de incertezas. Ver WATANABE, Kazuo. Processo civil de interesse público: introdução. In: SALLES, Carlos Alberto de (org.). *Processo Civil e Interesse Público: o Processo como Instrumento de Defesa Social*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 15-21. Na p. 17-18, o autor afirma: “Num trabalho que publicamos antes da Lei da Ação Civil Pública, procuramos defender a legitimação ordinária das associações civis para a tutela jurisdicional dos interesses difusos e coletivos stricto sensu, sustentando tratar-se, não de legitimação extraordinária, e sim de legitimação

alheio. Entretanto, como não há preocupação de se definir quem são os donos do alheio, as possibilidades de *accountability* do legitimado coletivo ou da decisão adotada se reduzem, fazendo com que não haja referencial para se verificar o quão adequada é a tutela ao direito material violado.

Hoje é sabido que o direito de ação não é apenas o direito de provocar a jurisdição, mas o direito de obter a tutela adequada, efetiva e tempestiva do direito material violado<sup>250</sup>. Essa adequação da tutela não deve ser verificada de um ponto de vista geral e abstrato, ou do ponto de vista da interpretação que o legitimado coletivo faz do ordenamento jurídico, mas da perspectiva do titular do direito material em litígio<sup>251</sup>. Se esse titular é “indefinido” ou, ainda que seja uma entidade definida – o grupo – seus integrantes são indefinidos, tal análise restará consideravelmente prejudicada. Desse modo, verifica-se que a proposta apresentada não tem o objetivo de construir um novo conceito para somar-se aos diversos já existentes em sede doutrinária, mas o de construir um conceito que embase uma nova forma de operação do sistema de tutela coletiva, personificando os titulares do direito e, com isso, mudando a forma de condução do processo. O centro do debate, portanto, é a atividade processual representativa, suas hipóteses, limites e controles. É esse o tema a ser desenvolvido a seguir.

---

ordinária. Porém, logo em seguida veio a Lei 7.347/85, permitindo esse tipo de legitimação para agir em juízo, o que tornou desnecessária uma construção doutrinária a respeito do tema”.

<sup>250</sup> Essa concepção é muito bem desenvolvida por Luiz Guilherme Marinoni. Ver MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, especialmente p. 218 e ss.

<sup>251</sup> Ver dentre outros, LEONEL, Ricardo de Barros. Tutela jurisdicional diferenciada no Projeto de novo Código de Processo Civil. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília ano 48 n. 190 abr./jun. 2011, p. 179 a 190. O autor afirma (p. 181) que “Se o litigante se sagra vencedor, mas a sentença não se concretiza do ponto de vista prático (com a entrega do bem, o pagamento do valor devido, a abstenção da conduta vedada pela decisão etc.), o que se tem é uma tutela jurisdicional incompleta”.



## CAPÍTULO 3

### DEVIDO PROCESSO LEGAL: PARTICIPAÇÃO E REPRESENTAÇÃO EM AÇÕES COLETIVAS

#### 3.1 Insuficiência da análise atual acerca do devido processo legal coletivo

A conceituação elaborada no Capítulo 2 tem propósitos específicos, o primeiro dos quais é prover um referencial para a análise das exigências relativas à garantia do devido processo legal. A partir do momento em que se sabe, com precisão, quem é o titular de um determinado direito, será possível avaliar se a decisão que o atinge obedeceu ou não às garantias processuais constitucionais.

O nó górdio do processo coletivo, em todos os sistemas jurídicos nos quais foi implantado, é, indubitavelmente, sua compatibilização com o devido processo legal. Pessoas que não figuram no processo serão atingidas pela decisão, o que contraria o senso básico que orienta a formação do processo moderno. Em “O processo”, de Franz Kafka, provavelmente a mais célebre obra literária a retratar um modelo processual indesejável, boa parte da angústia vivida pela personagem decorre não dos efeitos diretos ocasionados pela situação, mas de seu caráter incompreensível e da imprevisibilidade do rito processual que se desenvolve.

A essência do devido processo legal é a participação no processo, que permite ao interessado compreender o desenrolar de acontecimentos que resultarão na decisão. É exatamente esse elemento que está ausente no processo coletivo. Especialmente no modelo brasileiro, em que o legitimado coletivo nunca é um integrante da sociedade titular do direito, não existe participação no processo coletivo. Ela é vedada, a *contrario sensu*, pelo art. 6º da Lei da Ação Civil Pública, no caso dos direitos transindividuais e, mesmo quando se trata de direitos individuais homogêneos, a disposição do art. 103, §2º do CDC impõe um custo excessivamente elevado à participação. Caso opte por participar, o titular do direito será afetado adversamente pela decisão de improcedência, independentemente de quaisquer

considerações acerca do efetivo controle sobre o litígio que possa ter exercido. Logo, o estímulo racional oferecido pela lei é em favor da não participação<sup>1</sup>.

Presas nessa armadilha, a doutrina brasileira adaptou uma solução do direito norte-americano, com o objetivo de ocultar o problema e permitir, pragmaticamente, que essa modalidade de processo existisse no país. Os titulares do direito são representados no processo e a representação substitui o direito de participação, porque os elementos da garantia do devido processo legal foram forjados para um processo individualista e, por isso, não podem ser aplicados literalmente ao instrumento coletivo<sup>2</sup>. Além disso, no processo coletivo não existe “participação no processo”, mas existe “participação pelo processo”. Álvaro Mirra assim a define<sup>3</sup>:

Na participação pelo processo, os indivíduos, os grupos e os órgãos e instituições representativos do interesse da sociedade na proteção do meio ambiente utilizam-se do processo civil como veículo que lhes permite intervir, sem a intermediação da representação político-eleitoral, na defesa da qualidade ambiental. O sistema processual, aqui, abre à sociedade a via da jurisdição civil, vista como espaço institucional por intermédio do qual a participação popular na defesa do meio ambiente se realiza concretamente.

A questão hoje é mais ou menos pacífica e, há quem diga, superada<sup>4</sup>. As dúvidas permanecem apenas na melhor forma de operar o modelo representativo e não na conveniência ou regularidade de sua existência. Discute-se, por exemplo, se o

<sup>1</sup> A questão da escolha racional é abordada aqui na perspectiva das teorias da escolha racional. Embora essas teorias constituam um espinhoso debate acadêmico interdisciplinar nos Estados Unidos, a perspectiva básica é a de os indivíduos atuam no mundo a partir da avaliação racional entre os custos (riscos) e os ganhos esperados de suas ações. Eles buscarão maximizar o resultado esperado de suas condutas por meio da escolha racional dos meios. Em uma explicação matemática, para uma pessoa neutra em relação a expectativas de risco, é indiferente ter R\$ 5,00 ou ter 50% de chances de obter R\$ 10,00. A teoria não pressupõe que as escolhas individuais sejam sempre feitas racionalmente, mas se vale desse pressuposto para avaliar que tipo de conduta uma determinada conformação institucional estimularia. V. GREEN, Donald; SHAPIRO, Ian. *Pathologies of Rational Choice Theory: A Critique of Applications in Political Science*. New Haven: Yale University Press, 1994, p. 15. Ver também TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Rational Choice and the Framing of Decisions. In: *The Journal of Business*, Vol. 59, No. 4, 1986 p. 251-278.

<sup>2</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual de acordo com a Constituição de 1988*. São Paulo: Editora Forense Universitária, p. 48.

<sup>3</sup> MIRRA, Álvaro Luís Valery. *Participação, processo civil e defesa do meio ambiente no direito brasileiro*. (Tese de doutorado) – Universidade de São Paulo. Orientador: Professor Doutor Cândido Rangel Dinamarco. Universidade de São Paulo, 2010, p. 155. Art. 103 (...)

§ 2º Na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual.

<sup>4</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual de acordo com a Constituição de 1988*. São Paulo: Editora Forense Universitária, p. 140. A autora se refere ao problema da constitucionalidade estar superado nos Estados Unidos, o que seria um argumento para que fosse superado no Brasil.



controle da representatividade adequada do legitimado coletivo pode ou não ser feito pelo juiz, mas muito pouco se questiona se a existência de um sistema representativo é constitucional, ou se esse sistema é apto a resguardar as garantias processuais dos titulares do direito ausentes<sup>5</sup>.

Os pressupostos de ambas as construções, representatividade e participação pelo processo, são questionáveis à luz do sistema brasileiro. Em relação à última, a contradição é mais facilmente verificável: se alguém não participa de um processo, certamente não poderá participar por intermédio dele. É certo que o processo coletivo vem se tornando uma força cada vez mais notória de questionamento e, conseqüentemente, de influência na formulação de decisões públicas, mas isso não significa que as pessoas que integram a sociedade titular do direito possam ser consideradas como participantes dessas mudanças. O sistema Judiciário – aí incluídos os legitimados coletivos e os juízes – passa a participar das definições dos rumos do Estado, o que seria inusitado há cem anos. O cidadão comum, não. Não existe uma lógica de *quid pro quo*. O cidadão não foi excluído da participação no processo coletivo e, em troca, ganhou a participação pelo processo coletivo. A possibilidade de intervenção do sistema Judiciário nos rumos do Estado não significa ganho de participação do cidadão. Em certa medida, pode até significar diminuição, dada a forma não democrática de escolha dos seus integrantes e de tomada de suas decisões<sup>6</sup>. Participação pelo processo não é mais que um jogo de

---

<sup>5</sup> Ver, por exemplo, MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Ação civil pública em defesa do meio ambiente: a representatividade adequada dos entes intermediários legitimados para a causa. In: MILARÉ, Edis (org.). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005; GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. In: *Revista de Processo*, vol. 108, 2003, p. 61-70; LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013; MACÊDO, Lucas Buriel de. O controle judicial da representação adequada: notas ao tratamento legal e doutrinário e proposta de adequação constitucional de seus efeitos. In: *Revista de Processo*, vol. 227, 2014, p. 209 e ss.; SCARPARO, Eduardo. Controle da representatividade adequada em processos coletivos no Brasil. In: *Revista de Processo*, vol. 208, 2012, p. 125 e ss.; CÂNDIA, Eduardo. A representação adequada no direito processual coletivo brasileiro e o controle judicial em cada caso concreto: uma abordagem de lege lata. In: *Revista de Processo*, vol. 202, 2011, p. 419 e ss.; LAMY, Eduardo de Avelar; TEMER, Sofia Orberg. A representatividade adequada na tutela de direitos individuais homogêneos. In: *Revista de Processo*, vol. 206, 2012, p. 167 e ss.

<sup>6</sup> Daniel Sarmiento analisa esse problema em SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. (Org.). *A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. Ver também BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: *Revista de Direito Administrativo*, nº 240, 2005, p. 1-42, para uma análise mais favorável do fenômeno.

palavras, uma expressão cunhada para encobrir a realidade, que é a ausência de participação, e desobrigar seus defensores de explicar como um processo sem participação alguma dos titulares do direito pode ser considerado válido.

Quanto à possibilidade de se substituir a participação pela representação, afirmar que o processo coletivo se legitima pela representação (adequada) é construir um raciocínio *cum hoc ergo propter hoc*. É certo que representação e processo coletivo sempre andaram juntos, mas isso não significa que exista relação de causalidade, de dependência ou mesmo de sustentação recíproca entre eles. Não há nada que exija que uma demanda coletiva seja processada por intermédio de mecanismos representativos, salvo a inviabilidade fática de sua condução de outro modo. Representação é, antes de tudo, uma solução pragmática e não uma justificativa para a não participação. A estrutura representativa – alguém age em nome de terceiro, ausente – é o problema que acarreta a dúvida acerca da compatibilidade do processo coletivo com o devido processo legal, não a solução.

Além disso, o requisito da representatividade adequada foi formulado pelo direito norte-americano em um contexto muito diferente do que é aplicado nos países de *civil law*. Naquele país, em primeiro lugar, o representante é, em regra, um dos membros da classe e, por essa razão, será atingido pela decisão, tanto quanto os ausentes. Essa, como se sabe, não é a realidade brasileira, em que o processo é conduzido por entes intermediários. Há, ainda, no direito estadunidense, um forte controle de admissibilidade da ação coletiva (*class certification*) e da qualidade da representação, inexistente no sistema nacional, eis que a maioria dos autores brasileiros entende que a legitimidade do representante decorre da lei e não de um exame judicial casuístico<sup>7</sup> e, mesmo que esse exame existisse, ele seria realizado sem parâmetros legais.

---

<sup>7</sup> Nesse sentido: ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo Brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Editora Saraiva, 2003; NERY JR., Nelson. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JR, Nelson. *Código de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 10. ed, vol II. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Ada Pellegrini Grinover assevera que existe uma tendência, nos países de Civil Law, de fixar requisitos de representatividade em lei, excluindo-os da apreciação judicial. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. *Os Processos coletivos nos países de civil law e common law: uma análise de direito comparado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. A autora, entretanto, afirmara, em texto muito anterior, que a regularidade do processo coletivo dependeria de um “rigoroso controle” sobre a representatividade adequada instituída pela lei. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual civil*. São Paulo: Editora Forense Universitária,

A situação adquire, com isso, contornos delicados: o cidadão não pode participar do processo coletivo, porque é representado, mas não existe uma análise de adequação dessa representação<sup>8</sup>. Logo, o sistema processual admite que, pelo simples fato de não haver outra solução, o direito de alguém participar de um processo que concerne aos seus interesses pode ser eliminado, em favor de uma representação cuja qualidade é controlada apenas por uma presunção legal de idoneidade dos possíveis representantes. Conforme se buscará demonstrar, essa conclusão não se enquadra na visão da garantia do contraditório, tal como sustentada pela maioria dos autores brasileiros. Se o contraditório for uma garantia com tal flexibilidade, será necessário autorizar o legislador a estabelecer, sem ferir a Constituição, processos representativos em quaisquer situações em que pareça inconveniente a condução da lide pelo titular do direito. A solução do problema passa definição dos elementos do devido processo legal, no âmbito do processo coletivo.

### 3.2 O devido processo legal coletivo na doutrina brasileira

Ainda na década de 1980, Ada Pellegrini Grinover delineava as garantias constitucionais do processo nas então nascentes ações coletivas<sup>9</sup>. A autora defendia que o enfoque do devido processo legal deveria ser o social, não o individual. Os estudos do processo coletivo ainda eram embrionários na época, de modo que o texto da autora não vai além de propor que a solução para o problema de que as pessoas estão ausentes do processo é “amoldar as garantias clássicas à configuração típica dos conflitos de massa”. A moldagem proposta é, em linhas gerais, a que foi adotada pelo Código de Defesa do Consumidor, alguns anos depois. Naquele momento, não houve reflexão sobre quais aspectos da garantia

---

1990, 59. Elton Venturi entende que a lei estabelece uma presunção de representatividade adequada em favor dos legitimados. VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil*. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Editora Malheiros, 2007.

<sup>8</sup> Essa questão será analisada, em perspectiva comparada, no Capítulo 4.

<sup>9</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. As garantias constitucionais do processo nas ações coletivas. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, n. 82, 1987, p. 180-197.

seriam passíveis de ser relativizados e sob qual fundamentação. O que se fez foi propor um modelo processual pragmaticamente capaz de permitir que ações fossem ajuizadas para a tutela de direitos transindividuais e individuais homogêneos

Rodolfo de Camargo Mancuso dedica um capítulo de sua obra principal ao tratamento do devido processo legal coletivo<sup>10</sup>. Ainda no início da passagem, Mancuso formula o problema a ser enfrentado: com o distanciamento entre a titularidade da pretensão material e o poder de agir em juízo, que é inerente ao processo coletivo, existe uma “desconfiança” relativamente a três problemas centrais, quais sejam, a efetiva representatividade do autor ideológico, a projeção extra-autos da coisa julgada, para atingir tanto o autor ideológico quanto a “coletividade concernente ao conflito” e, “sobretudo, a situação dos indivíduos concernentes aos interesses judicializados, face à possibilidade de neles repercutir em algum modo o julgado coletivo”<sup>11</sup>. De fato, não há dúvidas de que esses são os três problemas a serem resolvidos quando se trata de devido processo legal coletivo: a situação dos titulares do direito material, que não têm acesso ao processo, a representatividade daqueles que conduzem o processo por eles e, ao final, a projeção da coisa julgada sobre seus direitos. Todavia, o autor não chega a uma conclusão específica acerca dos requisitos de um devido processo legal coletivo. Sua análise se limita à afirmação da “impraticável aplicação ortodoxa e radical do contraditório e ampla defesa”, demandando a relativização dessas garantias, para que o sistema Judiciário se acomode “às peculiaridades e à transcendência dos conflitos de massa”. Assim, Mancuso devolve o questionamento a quem o formulou, ao afirmar que a própria visão dessas características como problemáticas decorre de um desvio de concepção, ligado à mentalidade do processo individual. Em outras palavras, quem duvida da compatibilidade do processo coletivo com o devido processo legal o faz porque pensa na garantia sob a perspectiva do processo individual. A lição continua pautada pela formulação de Mauro Cappelletti: em uma sociedade de massa, o processo não pode ser individual,

---

<sup>10</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada*: teoria geral das ações coletivas. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 298 e ss.

<sup>11</sup> Idem, *ibidem*.

porque as relações sociais não são individuais<sup>12</sup>. Todavia, mais uma vez, essa afirmação é suficiente apenas para demonstrar a necessidade de adoção de um processo coletivo, não para justificar o modelo escolhido.

Mancuso, ainda tratando do devido processo legal coletivo, caminha por uma reconstrução do histórico da garantia do devido processo legal para demonstrar que ela vai além do contraditório e ampla defesa, mas que, mesmo nos Estados Unidos, o direito de ser ouvido “é visto com temperamentos quando se trata das *class actions*”<sup>13</sup>. Assevera, com apoio em Vincenzo Vigoriti, que o entendimento norte-americano é o de que, dada a impossibilidade de participação de todos os integrantes da classe no processo, a litigância por representação não seria inconstitucional, porque a disciplina adotada assegura a proteção dos interesses dos ausentes. É por essa razão que a intervenção individual na ação coletiva seria até mesmo indesejada, já que os representantes da classe podem assegurar que a tutela seja adequada. O autor ainda concorda com Michele Taruffo, quando afirma que as exigências concretas que embasam o instituto das *class actions* autorizam uma interpretação elástica do devido processo legal. A conclusão de Mancuso é a de que, dadas as diferenças concretas entre os planos da litigância singular e da coletiva, a exigência constitucional do devido processo legal deve operar em máxima amplitude no plano individual, mas, no plano da jurisdição coletiva, ela não pode ser vista “com a mesma rigidez e ortodoxia”<sup>14</sup>.

Após essa passagem, a atenção do autor é desviada para outros assuntos, deixando sem resposta a pergunta por ele mesmo formulada: como garantir o devido processo legal no âmbito do processo coletivo? Se a garantia não pode ser tratada com a mesma ortodoxia do processo individual, como, então, ela deve ser tratada? A resposta contida na obra mencionada se resume a afirmar que, dada a impossibilidade da presença de todos os sujeitos concernentes ao conflito, “é de se aceitar que eles de algum modo participam da lide coletiva, se e na medida em que

---

<sup>12</sup> CAPPELLETTI, Mauro. Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile. In: *Rivista di Diritto Processuale*, n. 30, 1975, p. 361-402.

<sup>13</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada*: teoria geral das ações coletivas. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 301.

<sup>14</sup> Idem, p. 303.

estejam adequadamente representados por um credenciado portador”<sup>15</sup>. Essa afirmação, contudo, acrescenta mais dúvidas que soluções. De que modo essas pessoas participam do processo coletivo? E de que modo se verificará se elas são “adequadamente representadas”?<sup>16</sup> Por qual motivo a representação é suficiente para dispensar a participação? Por muito que se pretenda recorrer a argumentos relacionados às finalidades sociais do processo coletivo, sustentar que a participação dos titulares do direito é substituída pela representação adequada, porque é necessário que assim seja, e ainda sem estabelecer elementos de avaliação de tal adequação, significa não uma nova conceituação de devido processo legal no âmbito coletivo, mas, antes, um simples descarte da garantia constitucional, que passa a não ter qualquer conteúdo, além da obediência ao procedimento ditado pelo legislador.

Antonio Gidi pressente a gravidade da questão, reconhecendo que, se levado às últimas consequências, o devido processo legal “impediria qualquer ação coletiva”. Entretanto, o autor se alia a Mauro Cappelletti para defender que, em lugar do devido processo legal tradicional, de natureza individual, o que deve ser estabelecido é um devido processo legal coletivo, de cunho social, que evita o risco de se dar aos poderosos uma arma contra os mais fracos. Por intermédio desse “novo devido processo legal, os direitos de ser citado, de ser ouvido e de apresentar defesa em juízo são substituídos por um direito de ser citado, ouvido e defendido através do representante”<sup>17</sup>. Mais uma vez, trata-se de uma construção expositiva e não justificativa. Explicar a necessidade de um processo coletivo e o modo como ele opera não justifica sua existência, perante as garantias constitucionais.

Esses entendimentos são historicamente compreensíveis, conforme se argumentou anteriormente neste trabalho. Na década de 1980, o processo coletivo conseguiu,

---

<sup>15</sup> Idem, p. 307.

<sup>16</sup> Ao tratar do tema, Ada Pellegrini Grinover afirma que a cláusula da representatividade adequada tem fundamento constitucional, embora não esclareça em qual dispositivo. Da mesma forma que Mancuso, ela aposta na representatividade adequada como elemento central na compatibilização do devido processo legal com as ações coletivas, mas não explica de que forma essa compatibilização ocorre, nem como a adequação da representação será avaliada. Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. As garantias constitucionais do processo nas ações coletivas. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, n. 82, 1987, p. 195-197.

<sup>17</sup> GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. In: *Revista de Processo*. vol. 108. 2003, p. 61-70. Citação p. 69-70.

não sem dificuldades, se estruturar no Brasil, com inegável pioneirismo em um país de *civil law*. A modificação do cenário processual colocada em marcha pelo novo regime foi tamanha que, já nos anos 90 o governo federal tentaria, por intermédio de medidas provisórias, dificultar o seu exercício, exigindo, por exemplo, autorização assemblear para o ajuizamento de ações coletivas pelas associações, com nomes e endereços dos associados<sup>18</sup>. Assim, os processualistas que defendiam o instituto se viam na contingência de não problematizá-lo exageradamente, sob pena de, em um primeiro momento, impedir que ele fosse adotado e, em um segundo, legitimar a mal-intencionada investida do Poder Executivo<sup>19</sup>. Todavia, tal circunstância, de certo modo, bloqueou o avanço dos estudos e a chamada “adaptação” do processo individual constituiu, até agora, apenas a eliminação das garantias a ele aplicáveis, no intuito de permitir que o processo coletivo se desenvolva. O prejuízo que disso decorre fica oculto pela afirmação, que já se caracterizou como falsa, de que o processo coletivo apenas beneficia e nunca prejudica as pessoas que dele não participam. Tanto em caso de improcedência, quanto de procedência, há risco efetivo de prejuízo para os titulares do direito.

Por essa razão, o presente capítulo será organizado da seguinte forma: inicialmente, será realizada uma reconstrução histórica do devido processo legal, para estabelecer os elementos da garantia. Após, se buscará estabelecer seus elementos relativamente ao devido processo legal coletivo. Em seguida, será tratada a dicotomia participação – representação, buscando aportes teóricos da ciência

---

<sup>18</sup> Consta do art. 2º-A da Lei 9.494/97, alterado pela Medida Provisória 2.180-35/2001, a seguinte redação:

“Art. 2º-A. A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator.

Parágrafo único. Nas ações coletivas propostas contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas autarquias e fundações, a petição inicial deverá obrigatoriamente estar instruída com a ata da assembléia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços”.

<sup>19</sup> O Superior Tribunal de Justiça acabou afastando a aplicação do Art. 2ºA, da Lei 9.494/97, que exige a autorização assemblear para o ajuizamento de ações pelas associações do âmbito do processo coletivo, entendendo que ele se restringe às situações em que a associação age como representante dos direitos individuais de seus membros e não como legitimada coletiva. Nesse sentido, por exemplo, AgRg no REsp 1213290/PR, Rel. Min. Sidnei Beneti, julgado em 19/08/2014, DJe 01/09/2014; AgRg no REsp 1340368/RJ, Rel. Ministro Og Fernandes, julgado em 05/11/2013, DJe 22/11/2013. Trata-se de uma aplicação da interpretação do Supremo Tribunal Federal, consolidada na Súmula 629: “A impetração de mandado de segurança coletivo por entidade de classe em favor dos associados independe da autorização destes”.

política, a qual debateu com profundidade o problema da legitimação dos esquemas representativos, tudo com o objetivo de verificar as condições de possibilidade da existência de uma garantia do devido processo legal coletivo e, verificada sua viabilidade constitucional, apontar seus contornos. A metodologia de análise será a da comparação do sistema brasileiro ao norte-americano, que se justifica por duas razões. Primeiro, foi a experiência americana, em conjunto com seus antecedentes ingleses, a que mais influenciou a formulação dos conceitos de devido processo legal no ocidente, especialmente em relação às ações coletivas. Segundo, o foco em apenas um sistema jurídico permitirá a análise dos institutos estrangeiros de modo mais aprofundado, o que parece ser mais proveitoso para o objetivo proposto do que a análise abreviada de diversos sistemas<sup>20</sup>. Assim, experiências distintas da brasileira e da norte-americana serão analisadas mais superficialmente, apenas a título de reforço incidental de argumentação.

### 3.3 Histórico da cláusula do devido processo legal até o início do século XX

A expressão *due process of law*, da qual deriva o termo “devido processo legal”, é, conforme recorrentemente se observa, oriunda da Magna Carta, embora não em sua versão original, de 1215, mas em uma reedição abreviada, de 1354<sup>21</sup>. Há, é certo,

---

<sup>20</sup> Não que a análise abreviada de um conjunto de experiências estrangeiras, como mais comumente se vê na doutrina brasileira, seja desprovida de valor. Ver, por exemplo, MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

<sup>21</sup> Em 1215, a Cáusula 39 da Magna Carta continha a seguinte redação, na tradução inglesa usualmente referida, a partir do original em latim: “No freemen shall be taken or imprisoned or disseised or exiled or in any way destroyed, nor will we go upon him nor send upon him, except by the lawful judgment of his peers or by the law of the land”. Em 1354, essa cláusula foi transposta para o nº 29 e passou a ostentar a seguinte redação: “No man of what state or condition he be, shall be put out of his lands or tenements nor taken, nor disinherited, nor put to death, without he be brought to answer by due process of law”. Há uma dúvida histórica considerável sobre a possibilidade de se reputar a expressão “law of the land”, contida na redação original da Carta, como sinônimo de “due process of law”. A Suprema Corte dos Estados Unidos, ainda em 1877, ao julgar *Davidson v. New Orleans*, chegou a fazer essa referência, mas Keith Jurow afirma categoricamente que se trata de um erro: “despite the attempt by Coke to define “per legem terrae” in chapter twenty-nine of Magna Carta as “due process of law,” the two clauses never meant the same thing in English law. Unlike the term “by the law of the land,” an ambiguous phrase over whose meaning Englishmen argued for centuries and spilled a considerable amount of blood, the term “due process of law” and the word “process” were always used in the most precise and consistent way”. JUROW, Keith. *Untimely Thoughts: A*



antecedentes da fórmula adotada na Magna Carta, como aponta Rodney Mott<sup>22</sup>, que encontra em um decreto de Conrado II, Imperador do Sacro Império Romano, datado de 28 de maio de 1037, a vedação de que alguém seja privado de sua vida sem um julgamento de seus pares (*iudicium parium*). Mais ainda, se se estiver disposto a abandonar a questão da fórmula propriamente dita, para considerar o seu conteúdo, é perceptível que, desde a antiguidade existia uma noção de que um processo era considerado necessário, ou seja, devido, para que determinado ato jurídico fosse praticado. É possível extrair, por exemplo, da Apologia de Sócrates, princípios de organização do procedimento judicial que eram considerados devidos pelos gregos. Na obra, o processo contra Sócrates é iniciado por um cidadão, Meleto, existem regras para a composição do tribunal julgador, Sócrates tem ciência do que e por quem está sendo acusado e oportunidade de apresentar sua defesa antes da decisão<sup>23</sup>. Mesmo sem a formulação explícita de uma garantia, a noção de que a condenação deveria ser antecedida por um processo e que esse processo não se organizava *ad hoc*, mas a partir de standards previamente definidos, não era original quando foi inserida na Magna Carta.

Adicionalmente, a Magna Carta não era mais que um dos muitos acordos realizados, durante a Idade Média, entre o soberano inglês e a nobreza que lhe era vinculada<sup>24</sup>. Naquele momento, seria impossível imaginar que o documento e, com ele, o *due*

---

Reconsideration of the Origins of Due Process of Law. In: *The American Journal of Legal History*, vol. XIX, 1975, p. 265-279.

<sup>22</sup> MOTT, Rodney L. *Due process of law: a historical and analytical treatise of the principles and methods followed by the courts in the application of the concept of the "law of the land"*. Indianapolis: The Bobbs-Merrill Company Publishers, 1926, p. 1.

<sup>23</sup> PLATÃO. *Apologia de Sócrates*. Tradução de Maria Lacerda de Souza. Disponível em <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv000065.pdf>>. Acesso em 3 de outubro de 2014. Para uma descrição detalhada das instituições jurídicas gregas, inclusive a composição do júri, o papel dos advogados, o direito à celeridade das decisões, dentre outros, no contexto do processo ateniense, ver ZIMET, Barbara T. R. Ancient Athenian Procedural Due Process: A Reflection of Societal Values. In: *The American University Law Review*, vol. 23, 1973, p. 485-511.

<sup>24</sup> CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, p. 6. No mesmo sentido, Robert Mott afirma que a Magna Carta foi apenas um acordo pessoal entre o rei e as classes altas enfurecidas. MOTT, Rodney L. *Due process of law: a historical and analytical treatise of the principles and methods followed by the courts in the application of the concept of the "law of the land"*. Indianapolis: The Bobbs-Merrill Company Publishers, 1926, p. 4. Ver também, sobre o assunto, CARNEIRO, Maria Francisca. *Devido Processo Legal*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999; PEREIRA, Ruitemberg Nunes. *O princípio do devido processo legal substantivo*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005; YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. *Origem e Evolução do Devido Processo Legal Substantivo: o Controle da Razoabilidade das Leis do Século XVII ao XXI*. São Paulo: Editora Letras Jurídicas, 2007.

*process of law* adquiriria a importância histórica que veio a ostentar, ainda mais quando se considera que, até o incidente com a dinastia Stuart, que levou à redação da *Petition of Rights*, em 1628, as referências conhecidas à aplicação da Magna Carta no direito inglês são esporádicas<sup>25</sup>. A importância da cláusula do *due process* deriva, em grande medida, da expressa introdução de seus termos nas Constituições dos Estados Unidos, tanto as estaduais<sup>26</sup> quanto a nacional<sup>27</sup>, esta por intermédio da 5ª e da 14ª Emendas<sup>28</sup>. A dificuldade, todavia, tanto na Inglaterra, quanto nos Estados Unidos, é que a cláusula não tem qualquer conteúdo normativo auto-evidente, já que não esclarece qual processo seria devido. O sentido de um processo devido só pode ser estabelecido em relação a um contexto jurídico, não abstratamente.

No período colonial norte-americano, há registros de aplicação do devido processo legal tanto na esfera penal, quanto em litígios privados de natureza civil, especialmente relacionados à propriedade da terra. De acordo com Rodney Mott, no caso *Lessee v. Beale*, julgado em Maryland em 1726, ficou estabelecido que o devido processo legal exigia notificação e oitiva dos interessados antes que o litígio

<sup>25</sup> MOTT, Rodney L., op. cit., p. 6.

<sup>26</sup> As Constituições dos estados de Maryland, Pensilvânia e Massachusetts, que viriam a compor os Estados Unidos, já citavam a garantia. Ainda no período colonial, Robert Mott faz referência a documento elaborado pelos colonos de Massachusetts, em 1641, que parafrasearam a Magna Carta em uma versão mais popular. Esse documento foi copiado pela colônia de Connecticut, em 1650, ao passo que New Haven substituiu “due process of law” por “the scriptures”. MOTT, Rodney L. *Due process of law: a historical and analytical treatise of the principles and methods followed by the courts in the application of the concept of the “law of the land”*. Indianapolis: The Bobbs-Merrill Company Publishers, 1926, p. 10-14.

<sup>27</sup> Para uma exposição histórica do devido processo legal no direito inglês e nos Estados Unidos, ver também MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Devido processo legal substantivo: razão abstrata, função e características de aplicabilidade*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 1-39. Ver também NERY Jr., Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 62.

<sup>28</sup> O trecho relativo à cláusula do devido processo, na 5ª Emenda, é o seguinte: “nor shall [any person] be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law”. Já na 14ª Emenda, o teor da cláusula é “No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law”. A Suprema Corte dos Estados Unidos entendeu, ainda em 1945, que as duas referências constituem sinônimos. Cf. *Malinski v. New York*, 324 U.S. 401. Há, entretanto, controvérsias quanto a essa sinonímia. Ryan Williams realiza um detalhado estudo histórico da edição das duas emendas para concluir que apenas a 14ª tem um significado original amplo o bastante para acomodar uma forma reconhecível de devido processo legal substantivo. Essa questão será retomada do item subsequente. WILLIAMS, Ryan C. The one and only substantive due process clause. In: *The Yale Law Journal*, vol 120, n. 3, 2010, p. 408-512.

fosse resolvido<sup>29</sup>. Há, ainda, inúmeras referências à Magna Carta e, de modo específico, ao devido processo legal, nos escritos do período revolucionário, que levaria à independência dos Estados Unidos<sup>30</sup>.

Apesar da existência, nos Estados Unidos, de pensadores defendendo a visão de que os direitos consagrados na Magna Carta deveriam constar do texto originário da Constituição, essa ideia estava longe de ser unânime e foi levada à assembleia tardiamente. A possibilidade de que o dissenso atrasasse a promulgação do texto fez com que a ideia não frutificasse<sup>31</sup>. Com a aprovação da Constituição, os anti-federalistas passaram a criticar o documento, com o fundamento de que dava excessivos poderes ao Congresso Nacional, tanto sobre os Estados, quanto sobre os cidadãos, motivo pelo qual defendiam a aprovação de normas que limitassem esse poder. Esse debate foi exacerbado durante a ratificação da Constituição e, quando ela foi aprovada e o primeiro Congresso iniciou sua sessão, havia 103 propostas de Emendas Constitucionais para que se estabelecesse um *Bill of Rights*<sup>32</sup>.

Rodney Mott ressalta que os registros das sessões legislativas naquele momento não eram completos, de maneira que há lacunas na definição de qual era o entendimento da cláusula do devido processo para os legisladores que aprovavam a 5ª Emenda. Entretanto, é sabido que o texto praticamente não encontrou oposição no Congresso, nos estados ou do povo, de modo que se pode deduzir que havia um certo acordo sobre o seu escopo geral, enquanto cláusula limitadora do abuso do poder do governo, ainda que não houvesse certeza quanto a um significado exato. O autor considera uma hipótese aceitável, naquele contexto, que a norma fosse entendida como uma vedação geral à tirania e ao abuso de poder, em todos os níveis. Todavia, em *Barron v. Baltimore*<sup>33</sup>, a Suprema Corte entendeu que as oito primeiras emendas não se aplicavam aos estados, mas apenas ao governo federal, o que motivou, após a Guerra de Secessão, a inclusão da cláusula do devido

---

<sup>29</sup> MOTT, Rodney L. *Due process of law: a historical and analytical treatise of the principles and methods followed by the courts in the application of the concept of the "law of the land"*. Indianapolis: The Bobbs-Merrill Company Publishers, 1926, p. 107-111.

<sup>30</sup> Idem, p. 140.

<sup>31</sup> Idem, p. 145.

<sup>32</sup> Idem, p. 154.

<sup>33</sup> 32 U.S. (7 Pet.) 243 (1833).

processo legal, com texto idêntico ao que constava na 5ª Emenda, também na 14ª Emenda.

Curiosamente, mais uma vez, o devido processo foi o item menos discutido nos debates para aprovação da 14ª Emenda. Para Mott, isso decorre da indefinição do conceito para os membros do Congresso, já naquele momento, em 1866. Esses membros teriam uma noção superficial do significado dessa norma e considerariam que as minúcias de seu alcance eram um problema de interpretação jurídica e, portanto, deveria ser deixado para os tribunais<sup>34</sup>. Em sentido similar, Edward Eberle afirma que já havia uma compreensão, a partir da 5ª Emenda, para indicar ao legislador constituinte de reforma, ainda que minimamente, qual era o sentido da expressão que ele viria a adotar na nova alteração constitucional<sup>35</sup>. Laurence Rosenthal afirma que o devido processo legal foi propositadamente inserido na Constituição dos Estados Unidos nesses termos genéricos, para que pudesse evoluir ao longo do tempo. O legislador não teria a intenção de consagrar como devido o processo existente naquele momento histórico<sup>36</sup>. Assim, a extrema abertura da cláusula, ainda que hoje pareça incômoda, não deixa de ser responsável pelo seu sucesso e permanência ao longo da história.

Mott encontra situação de similar obscuridade quando analisa os tratados jurídicos do século XIX. Alguns sequer explicam o significado do devido processo legal, por o considerarem absolutamente evidente. Aqueles que buscavam fornecer um significado para a expressão se dividiam em duas corrente. A primeira, dos que lhe atribuíam um sentido eminentemente penal<sup>37</sup> que, segundo Rodney Mott, eram, com

---

<sup>34</sup> MOTT, op. cit., p. 165. Em sentido similar, reconhecendo que o entendimento original do devido processo era nebuloso e incompleto, ROSENTHAL, Lawrence. Does due process have an original meaning? On originalism, due process, procedural innovation...and parking tickets. In: *Oklahoma Law Review*, vol. 60, n. 1, 2007, p. 1-52.

<sup>35</sup> EBERLE, Edward J. Procedural due process: the original understanding. In: *Constitutional Commentary*, vol. 4, 1987, p. 339-362. Ver também CORWIN, Edward S. The doctrine of due process of law before the civil war. In: *Harvard Law Review*, vol. 24, 1911, p. 366-385.

<sup>36</sup> ROSENTHAL, Lawrence. Does due process have an original meaning? On originalism, due process, procedural innovation... and parking tickets. In: *Oklahoma Law Review*, vol. 60, n. 1, 2007, p. 1-52: "Moreover, in light of the primitive state of due process jurisprudence in 1868, surely the Framers could not have doubted that due process jurisprudence would continue to evolve by common-law methods". Citação p. 42-43.

<sup>37</sup> SILVEIRA, Paulo Fernando. Devido processo legal. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 235 considera que o âmbito penal era o objetivo da cláusula, o que, conforme se verifica no texto, não é historicamente incontroverso. Em *Noble v. Union River Logging*, de 1893 (147 U.S. 165), a Suprema Corte aplicou o devido processo a uma pessoa jurídica.

a exceção do juiz Story<sup>38</sup>, menos respeitados e citados pela jurisprudência. A segunda, que partia do pensamento de John Adams, era capitaneada por Thomas Cooley, que publicou, em 1868, uma obra específica sobre as limitações constitucionais ao poder legislativo<sup>39</sup>, a qual, por sua influência, é reeditada ainda na atualidade. Cooley se baseia em uma decisão da Suprema Corte para definir o devido processo legal como a garantia de que os direitos dos cidadãos estabelecidos na “lei da terra” (*law of the land*)<sup>40</sup> serão respeitados por todos os poderes do Estado. Por essa razão, o devido processo exige que o interessado seja ouvido antes de ser julgado e que seja condenado antes de ser desapossado de seus bens. O trabalho de Cooley teve o efeito colateral de influenciar os juristas posteriores a ele a uma análise da cláusula do devido processo muito voltada para a proteção da propriedade. Cooley era um cuidadoso sistematizador de casos, característica valiosa no sistema da *common law*, e isso fez com que ele percebesse que a propriedade era muito mais dada a causar conflitos jurídicos do que os direitos pessoais, direcionando para ela o enfoque de seu trabalho<sup>41</sup>. A influência da conotação econômica do devido processo legal levaria, futuramente, à decisão de *Lochner v. New York*<sup>42</sup> e à era do devido processo legal econômico. Enquanto isso, em relação às garantias propriamente processuais, a Suprema Corte, nesse período, se mostrou bastante leniente com as normas processuais dos estados, outorgando-lhes considerável autonomia para que estabelecessem regras de processo como melhor lhes conviesse<sup>43</sup>.

---

<sup>38</sup> É preciso dizer que essa é uma exceção significativa. Joseph Story foi um dos maiores juristas norte-americanos do século XIX, autor de mais de uma dezena de livros extremamente influentes em sua época. Foi juiz da Suprema Corte entre 1811 e 1845, permanecendo, até hoje, o juiz mais jovem a ser indicado para tal magistratura, aos 32 anos de idade. Uma estátua sua, de corpo inteiro, se encontra no hall de entrada da biblioteca da Harvard Law School.

<sup>39</sup> COOLEY, Thomas McIntyre. *A treatise on the constitutional limitations which rest upon the legislative power of the states of the American union*. 7<sup>th</sup> edition. Boston: Little, Brown and Company, 1903, p. 506.

<sup>40</sup> Sobre esse conceito, ver BERGER, Raoul. *Law of the Land Reconsidered*. In: *Northwestern University Law Review*, vol. 74, n. 1, 1979, p. 1-30.

<sup>41</sup> Moot, op. cit., p. 188.

<sup>42</sup> 198 U.S. 45 (1905).

<sup>43</sup> MYKKELTVEDT, Roald Y. *Procedural due process: the fair trial rule revisited*. In: *Mercer Law Review*, vol. 24, 1973, p. 621-649: “...the Court indicated that it was not inclined to use the due process clause to impose a rigid set of procedural norms on state courts. In sharp contrast to its use of the due process clause to conduct a vigorous assault on “unreasonable” state laws regulating the use of private property, the Court assumed and maintained for a prolonged period a tolerant, deferential

### 3.3.1 O “devido” do devido processo legal

Ao longo do século XIX, antes, portanto, do período do devido processo legal econômico, a jurisprudência norte-americana, mesmo com dificuldades, avançou na construção de um conteúdo para a cláusula do devido processo legal, direcionando-o à restrição da atuação do Poder Legislativo. Em *Murray's Lessee v. Hoboken Land & Improvement Co.*<sup>44</sup>, a Suprema Corte afirmou que a interpretação do devido processo não pode ser tal que deixe o Congresso livre para transformar qualquer processo em devido<sup>45</sup>. Para o juiz Curtis, o processo devido, ou seja, apropriado, é aquele que, primeiramente, não conflita com outras disposições constitucionais e, em segundo lugar, que seja correspondente aos usos e modos de proceder consolidados, valorizando, portanto, a tradição da *Common Law*. Assim, o devido processo exige que as partes tenham oportunidade de apresentar seus argumentos de modo regular, que haja direito de resposta e o julgamento seja feito de acordo com algum curso pré-estabelecido de procedimentos judiciais<sup>46</sup>.

A formulação, ainda que contenha alguns parâmetros, não resolve todas as dificuldades, uma vez que não define o conteúdo de cada um desses elementos – o que seria a apresentação regular de argumentos, como se daria o direito de ser ouvido ou os procedimentos de julgamento. Mesmo que tenha ficado estabelecido

---

attitude toward the actions of state courts, only rarely finding that state criminal proceedings denied due process”.

<sup>44</sup> *Murray's Lessee v. Hoboken Land & Improvement Co.* 59 U.S. 272 (1856). O juiz Curtis afirmou: “That the warrant now in question is legal process is not denied. It was issued in conformity with an act of Congress. But is it “due process of law?” The Constitution contains no description of those processes which it was intended to allow or forbid. It does not even declare what principles are to be applied to ascertain whether it be due process. It is manifest that it was not left to the legislative power to enact any process which might be devised. The article is a restraint on the legislative, as well as on the executive and judicial, powers of the government, and cannot be so construed as to leave Congress free to make any process “due process of law,” by its mere will”.

<sup>45</sup> Andrew Hyman sustenta opinião diametralmente oposta, afirmando: “The present article does not dispute that various other constitutional provisions do grant the judiciary considerable flexibility to exercise restraint upon Congress and upon the states. Nor does the present article dispute that the Due Process Clause allows the judiciary to determine what is “due” based upon other factors when no pertinent positive law requirement exists, assuming that Congress intended the judiciary to fill up those details. However, when a pertinent positive law requirement exists, then it generally controls what is “due.” HYMAN, Andrew T. The little word “due”. In: *Akron Law Review*, vol. 38, 2005, p. 1-51, citação p. 2-3.

<sup>46</sup> Apesar de todos esses aportes teóricos acerca do devido processo, no caso, a decisão da Corte foi pela legalidade do procedimento impugnado.

que o Congresso não pode transformar qualquer processo em devido processo, isso não permite saber quais elementos do processo são devidos e quais não são. A própria Suprema Corte, em momento posterior, questionou se esse teste da *Common Law* significaria atar o juiz aos procedimentos do período colonial<sup>47</sup>. Por essa razão, o juiz Moody, em 1908, preferiu confiar em uma definição genérica, asseverando que “esta corte nunca tentou definir com precisão as palavras ‘devido processo legal’... é suficiente dizer que há certos princípios imutáveis de justiça que são inerentes à ideia de governo livre, que nenhum membro da União pode desconsiderar”<sup>48</sup>.

Em razão da generalidade do requisito, Rodney Mott afirma que a Suprema Corte adotou conduta bastante contida na anulação de atos governamentais, tendo como base, exclusivamente, a cláusula do devido processo legal: até 1924, ou seja, quase setenta anos após a edição da 14ª Emenda, apenas quatro atos do Congresso foram reputados inconstitucionais por violação ao devido processo. Em três deles, a decisão foi amparada também em outras disposições constitucionais<sup>49</sup>. A única decisão que se fundou exclusivamente na cláusula do devido processo como limitação legislativa, nesse período, foi *Adkins v. Children's Hospital*<sup>50</sup>, entretanto, com base no aspecto substancial do devido processo.

Apesar desses pronunciamentos relativamente escassos, o entendimento jurisprudencial estabeleceu a base para a afirmação de dois requisitos que seriam fundamentais para qualquer processo: *notice and hearing*, ou seja, ciência do

---

<sup>47</sup> Em *Twining v. State*, 211 U.S. 78 (1908) o juiz Moody afirmou: “It does not follow, however, that a procedure settled in English law at the time of the emigration, and brought to this country and practiced by our ancestors, is an essential element of due process of law. If that were so, the procedure of the first half of the seventeenth century would be fastened upon the American jurisprudence like a straightjacket, only to be unloosed by constitutional amendment. That, said Mr. Justice Matthews, in the same case, p. 110 U. S. 529, “would be to deny every quality of the law but its age, and to render it incapable of progress or improvement.” *Holden v. Hardy*, 169 U. S. 366, 169 U. S. 388; *Brown v. New Jersey*, 175 U. S. 172, 175 U. S. 175”.

<sup>48</sup> *Twining v. State*, 211 U.S. 78 (1908).

<sup>49</sup> MOOT, Rodney, op. cit., p. 205. Um caso foi decidido com base no direito de não autoincriminação, outro na cláusula do comércio interestadual e o terceiro com base na 6ª Emenda.

<sup>50</sup> 261 U.S. 525 (1923). A decisão julgou inconstitucional a fixação de salário mínimo para as mulheres, ao argumento de que a lei violava a liberdade de contratação, que é um aspecto da liberdade protegida pela cláusula do devido processo.

processo e oportunidade de ser ouvido antes do julgamento<sup>51</sup>. Mott cataloga uma série de decisões, ainda no século XIX, que exigem a ciência e oitiva antes que alguém possa ser privado de sua propriedade<sup>52</sup>. Na Suprema Corte é possível encontrar julgados, desde *Davidson v. New Orleans*<sup>53</sup>, fazendo referência à necessidade de que aquele que será atingido pela decisão seja ouvido antes da sua adoção<sup>54</sup>.

É indubitoso que a Corte percebeu que mesmo esses requisitos simples acarretavam dificuldades, que demandaram decisões para aparar as arestas da garantia. Fora da seara do processo judicial, discutia-se até que ponto a garantia do devido processo legal condicionaria a atividade do Estado. Por exemplo, no caso de aumento de tributos, não há como se impor a notificação prévia de todos os contribuintes, sob pena de se inviabilizar a atividade tributária<sup>55</sup>. A Suprema Corte também entendeu que devedores tributários poderiam ser notificados mediante

---

<sup>51</sup> Nos Estados Unidos, é preciso acrescentar, um terceiro elemento foi visto como essencial para o devido processo desde o período colonial, ainda que com status inferior ao *notice and hearing*: o julgamento pelo júri. Esse elemento, todavia, não será tratado aqui, uma vez que não tem qualquer relação com o sistema de processo civil adotado no Brasil. Em *Bank of Columbia v. Okely* 17 U.S. 235 (1819), a Suprema Corte afirmou que não seria constitucional uma norma do Estado de Maryland que excluísse o julgamento pelo júri, embora, no caso, tenha entendido que a norma questionada, de fato, não o fez. Edward Eberle assinala ainda outras situações em que a Corte admitiu que os julgamentos não fosse feitos pelo júri, como no contexto militar e marítimo. EBERLE, Edward J. Procedural due process: the original understanding. In: *Constitutional Commentary*, vol. 4, 1987, p. 339-362.

<sup>52</sup> Op. cit., p. 217-218, nota de rodapé.

<sup>53</sup> *Davidson v. New Orleans* 96 U.S. 97 (1878). O juiz Miller afirmou: "Before the assessment could be collected, or become effectual, the statute required that the tableau of assessments should be filed in the proper District Court of the State; that personal service of notice, with reasonable time to object, should be served on all owners who were known and within reach of process, and due advertisement made as to those who were unknown, or could not be found. This was complied with, and the party complaining here appeared, and had a full and fair hearing in the court of the first instance, and afterwards in the Supreme Court. If this be not due process of law, then the words can have no definite meaning as used in the Constitution".

<sup>54</sup> Ver também *Paulsen v. Portland*, 149 U.S. 30 (1893): "for notice to and hearing of each proprietor at some stage of the proceedings, upon the question what proportion of the tax shall be assessed upon his land, there is no taking of his property without due process of law". No mesmo sentido, *Grannis v. Ordean*, 234 U.S. 385 (1914): "The fundamental requisite of due process of law is the opportunity to be heard".

<sup>55</sup> *State Railroad Tax Cases*, 92 U.S. 575 (1875): "When they raise it in any county, they necessarily raise it on the property of every individual who owns any in that county. Must each one of these have notice and a separate hearing? If a railroad company is by law entitled to such notice, surely every individual is equally entitled to it. Yet if this be so, the expense of giving notice, the delay of hearing each individual, would render the exercise of the main function of this board impossible. The very moment you come to apply to the individual the right claimed by the corporation in this case, its absurdity is apparent".



publicação em jornal<sup>56</sup>. Ainda nesse campo, afirmou que, se há caráter objetivo na imposição do tributo, não há necessidade de prévia oitiva ou notificação<sup>57</sup>. No âmbito do direito administrativo, a Corte inicia, no século XIX, um debate ainda não concluído, acerca dos limites da extensão, à atividade da administração, do devido processo legal, sobretudo quando se trata de atuação relacionada ao exercício do poder regulamentar e do poder de polícia<sup>58</sup>. Foi necessário que a Suprema Corte decidisse até mesmo que o devido processo legal, no âmbito administrativo, não inclui necessariamente o direito de julgamento pelo júri, sendo possíveis outras formas de procedimento decisório<sup>59</sup>.

---

<sup>56</sup> *McMillen v. Anderson*, 95 U.S. 37 (1877).

<sup>57</sup> *Hagar v. Reclamation District*, 111 U.S. 701 (1884): “Yet there can be no question that the proceeding is due process of law, as there is no inquiry into the weight of evidence, or other element of a judicial nature, and nothing could be changed by hearing the taxpayer. (...) Thus, if the tax on animals be a fixed sum per head, or on articles a fixed sum per yard or bushel or gallon, there is nothing the owner can do which can affect the amount to be collected from him. So if a person wishes a license to do business of a particular kind, or at a particular place, such as keeping a hotel or a restaurant, or selling liquors or cigars or clothes, he has only to pay the amount required by the law and go into the business”.

<sup>58</sup> Moot, op. cit., p. 220-239 elenca as seguintes exceções à regra geral: nas situações de atuação quase legislativa da administração, ou seja, de expedição de normas de caráter geral, não se costuma exigir a oitiva prévia como regra geral, mas há precedentes determinando que ela ocorra após a prática do ato. Por outro lado, quando a determinação é classificada como quase judicial, ou seja, relacionada à aplicação da norma preexistente ao caso, o direito de oitiva à quase sempre exigido (v.g. o notório *Japanese Immigrant Case*, 189 U.S. 86 (1903), afirmando que “An administrative officer, when executing the provisions of a statute involving the liberty of persons, may not disregard the fundamental principles of due process of law as understood at the time of the adoption of the Constitution. Nor is it competent for any executive officer at any time within the year limited by the statute, to arbitrarily cause an alien who has entered the country, and has become subject in all respects to its jurisdiction, and a part of its population, although illegally here, to be arrested and deported without giving such alien an opportunity, appropriate to the case, to be heard upon the questions involving his right to be and remain in the United States”. No caso, entretanto, a Suprema Corte entendeu que o requisito foi cumprido. Essa diferenciação entre atos quase legislativos e quase judiciais é problemática e fruto de inúmeros questionamentos. V. EPSTEIN, Richard A. *Coniston Corp v Village of Hoffman Hills: How to Make Procedural Due Process Disappear*. In: *University of Chicago Law Review*, n. 74, 2007, p. 1689-1703.

Ainda excepcionam a regra as necessidades urgentes da administração, embora se exija audiência posterior, a não admissão de estrangeiros no território nacional, dentre outros. Mott também frisa que a Suprema Corte entende que o direito de recorrer da decisão administrativa a um órgão superior não é entendido pela Corte como abrangido pelo devido processo legal. Nesse sentido, *McKane v. Durston*, 153 U.S. 684 (1894), afirmando que “An appeal to a higher court from a judgment of conviction is not a matter of absolute right, independently of constitutional or statutory provisions allowing it, and a state may accord it to a person convicted of crime upon such terms as it thinks proper”.

<sup>59</sup> *Auffmordt v. Hedden*, 137 U.S. 310 (1890).

Já no início do século XX, a Suprema Corte afirmou, em *Londoner v. Denver*<sup>60</sup>, que, embora a 5ª Emenda tenha um caráter vago, obscuro e genérico, ela exige, como regra geral, que, em algum momento do processo, administrativo ou judicial, o interessado seja, de alguma forma, notificado e tenha a oportunidade de ser ouvido. Essa oportunidade de ser ouvido significa o direito de apresentar argumentos em favor de sua posição, mesmo que brevemente, e prová-los, ainda que informalmente. Esse seria o ponto de partida da construção e do debate posterior da garantia, que se seguiria no século XX. Antes de abordá-lo, é relevante estudar o modo como o devido processo legal foi encarado em seu local de nascimento, a Inglaterra, com o objetivo de estabelecer um parâmetro de comparação.

### 3.3.2 O devido processo e o *fair hearing* do direito inglês

No mesmo período em que a Suprema Corte dos Estados Unidos procurava formular o sentido da cláusula do devido processo legal, inserida na Constituição do país, passou-se a verificar sua maior incidência na jurisprudência inglesa, embora com a adoção de vocabulário distinto. Wade e Forsyth<sup>61</sup> noticiam um caso de 1863 que bem ilustra a questão. De acordo com uma norma de 1855, qualquer pessoa que quisesse realizar uma construção em Londres deveria cientificar a *Board of Works*<sup>62</sup> de sua região, sob pena de demolição da obra. Determinada construção violou a disposição e, por essa razão, o órgão administrativo enviou funcionários, à noite, para demoli-la completamente, apesar do trabalho já se encontrar no segundo

---

<sup>60</sup> 210 U.S. 373 (1908). “The fifth assignment, though general, vague, and obscure, fairly raises, we think, the question whether the assessment was made without notice and opportunity for hearing to those affected by it, thereby denying to them due process of law. (...) due process of law requires that at some stage of the proceedings, before the tax becomes irrevocably fixed, the taxpayer shall have an opportunity to be heard, of which he must have notice, either personal, by publication, or by a law fixing the time and place of the hearing. (...) But we think that something more than that, even in proceedings for taxation, is required by due process of law. Many requirements essential in strictly judicial proceedings may be dispensed with in proceedings of this nature. But even here, a hearing, in its very essence, demands that he who is entitled to it shall have the right to support his allegations by argument, however brief, and, if need be, by proof, however informal”.

<sup>61</sup> WADE, H. W. R. & FORSYTH, C. F. *Administrative Law*. 10th Edition. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 403.

<sup>62</sup> A *Metropolitan Board of Works* era um órgão administrativo do governo de Londres de 1855 a março de 1889, quando foi substituído pelo *London City Council*.

andar. Em *Cooper v. Wandsworth Board of Works*, a corte decidiu que, embora a ação administrativa tenha obtido o resultado previsto na norma, deveriam ter sido garantidas ao autor prévia notificação e prévia oitiva, pois esses são elementos da *natural justice*, que precisam ser respeitados<sup>63</sup>. A expressão *natural justice* passaria a ser reiterada nesse contexto, em conjunto com o *fair hearing*, o direito de ser ouvido pelo órgão decisório. Esses são os elementos essenciais do devido processo legal, que refletem o princípio de que toda pessoa tem o direito de ser ouvida antes de uma decisão que lhe seja concernente<sup>64</sup>. O histórico do direito de ser ouvido é ainda mais antigo e mais amplo que o do devido processo legal, estritamente considerado a partir da Magna Carta. Wade e Forsyth recordam que até mesmo no Gênesis, antes de serem expulsos do paraíso, tanto Adão quanto Eva são pessoalmente ouvidos<sup>65</sup>.

O alcance do princípio do *fair hearing* é tal que, já no século XX, a Corte de Apelações da Inglaterra<sup>66</sup> o transformou em regra para a atuação administrativa do Estado, por entender que, quando o parlamento dá à administração poderes de tomar decisões em detrimento do direito dos cidadãos ou em restrição de sua

<sup>63</sup> No direito inglês, “natural justice” é uma cláusula geral que adquiriu, com o tempo, um significado similar ao do “due process of law” nos Estados Unidos. Ela representa o “duty to act fairly”, que abrange os princípios de direito a um juiz imparcial e a ser ouvido (*against bias and fair hearing* ou, em latim, *nemo iudex in causa sua* e *audi alteram partem*). Nesse sentido, afirma Charles Koch Jr.: “The fundamental concepts of administrative law in England are based on the longstanding doctrine of natural justice much as ours are based on due process. England experienced a natural justice explosion during approximately the same period that this country saw a due process expansion”. KOCH JR., Charles H. “Some kind of hearing” in England. In: *William and Mary Law Review*, vol. 23, n. 2, 1981, p. 219-259. Citação p. 220.

<sup>64</sup> “A party is not to suffer in person or in purse without an opportunity of being heard”. *Painter v. Liverpool Gas Co.*, 3 Ad. & E. 433, 449, 111 Eng. Rep. 478, 484 (1836).

<sup>65</sup> WADE, H. W. R. & FORSYTH, C. F. *Administrative Law*. 10th Edition. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 403. O trecho bíblico por eles referido é o capítulo 3, versículos 9-13: “9. Mas o Senhor Deus chamou o homem, e disse-lhe: “Onde estás?”10. E ele respondeu: “Ouvi o barulho dos vossos passos no jardim; tive medo, porque estou nu; e ocultei-me.”11. O Senhor Deus disse: “Quem te revelou que estavas nu? Terias tu porventura comido do fruto da árvore que eu te havia proibido de comer?”12. O homem respondeu: “A mulher que pusestes ao meu lado apresentou-me deste fruto, e eu comi.”13. O Senhor Deus disse à mulher: Porque fizeste isso?” “A serpente enganou-me, – respondeu ela – e eu comi.”

A referência é perspicaz. Posto de lado seu cunho religioso, é curioso que um relato tão antigo, redigido em uma sociedade marcadamente machista, retrate a mulher sendo pessoalmente ouvida e não o homem em seu lugar, ou como seu representante.

Para uma análise do direito de ser ouvido no processo no direito romano, ver FERGUSON, M. Carr. A day in court in Justinian’s Rome: some problems of evidence, proof and justice in roman law. In: *Iowa Law Review*, vol. 46, 1961, p. 732-772.

<sup>66</sup> England and Wales Court of Appeal. É o segundo órgão jurisdicional na hierarquia do sistema inglês, abaixo apenas da Supreme Court of the United Kingdom.

liberdade, ele presume que a administração agirá de modo justo em relação às pessoas que serão afetadas e, para tanto, se exige que elas sejam ouvidas<sup>67</sup>. Há, a partir de então, uma série de decisões anulando atos administrativos praticados sem a oitiva prévia dos interessados, nas quais os juízes ingleses delinearam os aspectos contidos no direito de ser ouvido. Eles incluem o direito de ser cientificado da situação ou processo no qual seus direitos poderão ser afetados, que tem o objetivo de permitir que a parte saiba o que está em jogo e possa preparar os seus argumentos (*prepare his case*). O segundo passo é a oportunidade de ser ouvido propriamente dita, que é interpretada não necessariamente no sentido de uma audiência oral, nem de que os argumentos devam ser expostos na presença da autoridade encarregada da decisão<sup>68</sup>. Em terceiro lugar, a oitiva em si deve ser conduzida de modo a que a parte tenha acesso a todo o material probatório que foi produzido até então, com direito de oferecer contraprovas e inquirir testemunhas, se houver<sup>69</sup>. Em uma passagem de *R. v Secretary of State for the Home Department, Ex parte Doody*<sup>70</sup>, Lord Mustill recordou que os parâmetros de um processo justo não são imutáveis. Eles variam conforme a passagem do tempo e o contexto fático de sua aplicação. Assim, por exemplo, em casos de atribuição de moradia, a Casa dos Lordes<sup>71</sup> atenuou as exigências de imparcialidade de um órgão administrativo para cumprimento do art. 6º da Convenção Europeia de Direitos Humanos<sup>72</sup>. Em casos de audiências para a concessão de liberdade condicional, o mesmo órgão entendeu que o direito de ser ouvido estaria satisfeito pelo esquema do *special*

<sup>67</sup> *Ridge v Baldwin* [1964] AC 40.

<sup>68</sup> Também da England and Wales Court of Appeal, *Morgan Grenfell & Co Ltd, R. (on the application of) v Special Commissioner* [2001] EWCA Civ 329, no qual se afirmou: “natural justice does not generally demand orality”. Há, contudo, exceções. Em *R. (Smith and West) v Parole Board* [2005] UKHL 1, a Casa dos Lordes decidiu que a revogação de liberdade condicional exige audiência oral.

<sup>69</sup> Na Inglaterra não existe um direito geral à representação por advogado, que costuma ser atribuído apenas em casos mais graves. Cf. *R. v. Secretary of State for Home Department, ex parte Tarrant* [1985] 1 Q.B. 251, decisão da Divisional Court (England & Wales) do High Court of Justice. Divisional Court é uma referência a casos que são julgados por mais de um juiz na High Court of Justice que, apesar de ser um órgão de revisão, tem como regra o julgamento por apenas um juiz.

<sup>70</sup> [1994] 1 AC 531. A letra “R”, que inicia a referência, é a abreviatura usualmente utilizada no sistema jurídico inglês para *Rex ou Regina* e seria o equivalente ao Estado Inglês, tal como o a expressão *United States*, nas referências americanas.

<sup>71</sup> The House of The Lords, cuja abreviatura em citações é UKHL. Em 2009, em cumprimento ao Constitutional Reform Act, de 2005, a Casa dos Lordes perdeu suas funções jurisdicionais, sendo criada a Supreme Court of the United Kingdom.

<sup>72</sup> *Begum v. Tower Hamlets LBC* [2003] UKHL 5. Um órgão administrativo não precisa ser independente ao decidir sobre direitos civis, desde que a decisão esteja sujeita a recurso para um tribunal independente.

*advocate*, que é um defensor não escolhido pelo condenado, indicado compulsoriamente pelo Estado<sup>73</sup>.

A experiência inglesa demonstra que, mesmo sob um vocabulário distinto, o escopo da discussão do conteúdo do devido processo legal não era muito diverso do debate que se desenvolvia nos Estados Unidos. Não se procurou sistematizar rigorosamente todos os seus elementos, mas estruturar contornos da ideia de que o cidadão tem direito a um processo justo, deixando para a resolução casuística a tarefa de precisar o conteúdo dessa justiça. Historicamente, portanto, não se pode dizer que a garantia do devido processo legal demande especificamente uma ou outra estruturação processual, mas apenas que ela busca resguardar o valor enraizado na concepção civilizatória ocidental, de que um processo deve ser justo. Essa justiça é recorrentemente associada à outorga, ao interessado, da garantia mínima de ser ouvido antes da decisão ser adotada, ainda que os limites dessa garantia também estejam sujeitos a variações casuísticas<sup>74</sup>.

### **3.4. Definindo os elementos do devido processo legal: o século XX na jurisprudência norte-americana**

Ao longo do século XX, a jurisprudência norte-americana dividirá suas considerações sobre o devido processo legal em duas profícuas vertentes: a procedimental e a substancial<sup>75</sup>. A primeira é a que interessa mais diretamente ao

---

<sup>73</sup> *R (Roberts) v. Parole Board* [2005] UKHL 45. O *special advocate* é apontado para defender pessoas que foram excluídas de participar pessoalmente do processo que lhes concerne, porque seu contato com as provas acarretaria prejuízos a terceiros. Os casos mais usuais de sua utilização, na Inglaterra, são os concernentes a segurança nacional, especialmente acusações de terrorismo, juntas de concessão de liberdade condicional (*parole boards*) e causas envolvendo dados protegidos de terceiros. O *special advocate* é proibido de discutir as informações que obteve na sessão fechada com o seu cliente.

<sup>74</sup> Essa diferenciação é dada, em matéria de direito administrativo, por uma classificação dos atos em quase legislativos e quase judiciais, a qual também é adotada nos Estados Unidos. Em ambos os países ela acarreta notáveis polêmicas. Ver SCHWARTZ, Bernard. The right to be heard in English Administrative Law. In: *Howard Law Journal*, vol. 2, 1956, p. 193-231.

<sup>75</sup> Os limites entre normas procedimentais e substanciais nos Estados Unidos são particularmente tormentosos para a jurisprudência, porque a Suprema Corte entendeu, em *Erie Railroad Co. v. Tompkins*, 304 U.S. 64, (1938), que um juízo federal, julgando questão estadual em virtude da aplicação de normas de falência ou de litígio interestadual, deve aplicar as regras processuais

presente estudo, uma vez que o devido processo legal substancial não é uma regra de processo, mas um postulado a partir do qual a Suprema Corte extrai direitos materiais não expressamente previstos na lacônica Constituição norte-americana.

A Suprema Corte dos Estados Unidos chega ao século XX com uma noção vaga do conteúdo do devido processo legal procedimental, ora identificando-o a partir da tradição da *Common Law*, ora a partir de “princípios fundamentais de liberdade e justiça”<sup>76</sup>, regras gerais de equidade no procedimento e, eventualmente, pela combinação de ambos. Observe-se que são parâmetros muito diferentes. A referência à tradição significa que o processo deverá ser considerado devido se decorre de uma prática histórica, estabelecida nas decisões judiciais pretéritas, enquanto o recurso a princípios abstratos permite que o Judiciário crie requisitos novos, não cogitados pelas decisões que constituem precedentes. Esse debate perpassa toda a polêmica da interpretação das normas constitucionais norte-americanas, não apenas no âmbito do processo civil. Mesmo com o texto antigo e lacônico, ainda há uma respeitável linha de juízes e autores que defendem que, em nome dos limites e restrições da atividade jurisdicional, o juiz deve interpretar a Constituição de acordo com a vontade do legislador constituinte, seja ele originário ou de reforma, esforçando-se em uma pesquisa histórica para descobrir esse significado à época da aprovação da norma<sup>77</sup>.

Na primeira metade do século XX, continua predominando o laconismo das aproximações conceituais ao devido processo legal, como se havia verificado no século XIX. O juiz Cardozo, em *Palko v. Connecticut*<sup>78</sup>, afirmou que, para se qualificar como elemento do devido processo, um direito deve ser parte do esquema de liberdade ordenada adotado pelo país e, portanto, os homens sensatos

---

federais e as regras materiais estaduais. Em relação ao devido processo, Frank Easterbrook objeta que não fez sentido permitir que o legislador defina o que é um direito – propriedade, por exemplo – e não permitir que ele defina o modo como alguém pode ser privado desse direito. EASTERBROOK, Frank. Substance and due process. In: *The Supreme Court Review*, 1982, p. 85-125.

<sup>76</sup> *Hurtado v. California*, 110 U.S. 516 (1884), expressão do juiz Matthews.

<sup>77</sup> Essa é a discussão entre autores originalistas e não originalistas. Sobre o tema, ver ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, 1981. Ver também TRIBE, Laurence e MATZ, Joshua. *Uncertain Justice: The Roberts Court and the Constitution*. New York: Henry Holt and Company, 2014. Talvez o originalista mais notório na atualidade seja o juiz da Suprema Corte Antonin Scalia.

<sup>78</sup> 302 U.S. 319 (1937).

reconhecerão que negá-lo seria repugnante à consciência da humanidade. O juiz Roberts, em *Betts v. Brady*<sup>79</sup>, se refere ao entendimento comum daqueles que vivem sob o sistema anglo-americano de leis e a um senso universal de justiça. A imprecisão dessas noções foi apontada pelos próprios juízes da Corte. Ainda no início do século, o juiz Moody já observava que é preciso ter cuidado para “não importar para a interpretação constitucional nossas visões pessoais do que seriam regras de governo sábias, justas ou adequadas, confundindo-as com limitações constitucionais”<sup>80</sup>. De forma geral, os estudiosos apontam que a Corte buscou ser cuidadosa com esse subjetivismo, adotando como fontes para a definição do conteúdo do devido processo principalmente a análise histórica, tanto do entendimento da cláusula do devido processo, quando foi redigida, quanto o modo como os procedimentos eram conduzidos na Inglaterra e nas colônias americanas. A Corte ainda se valeu, em diversas ocasiões, do sentido que os tribunais inferiores, estaduais e federais, atribuíam a um determinado elemento processual, bem como das práticas adotadas nos estados<sup>81</sup>. Todos esses eram indícios de que uma prática estaria abrangida pelo devido processo legal. Se um elemento ou conduta processual é tradicionalmente considerado devido, então é provável que ele de fato o seja. Todavia, a porta do subjetivismo permanecia aberta. A Constituição garante o devido processo legal mas não o conceitua, do mesmo modo que assegura, por exemplo, a propriedade, mas deixa para o legislador definir o que pode ser apropriado. Se a Corte não estabelece qualquer conteúdo para esses direitos, é como se a Constituição não existisse. Tudo ficaria ao alvedrio do legislador. Por outro lado, a falta de parâmetros para estabelecer esse conteúdo enseja o risco de que ele seja definido a partir de puro decisionismo de nove juízes não eleitos. É essa a “dificuldade contramajoritária” que tanto incomodou Alexander Bickel<sup>82</sup>.

Um crítico dessa tendência foi o juiz Frankfurter, para o qual “esta Corte não traduz visões pessoais em limitações constitucionais”<sup>83</sup>. Para ele, o objetivo do devido

---

<sup>79</sup> 316 U.S. 455 (1942).

<sup>80</sup> *Twining v. New Jersey*, 211 U.S. 78, 106-07 (1908).

<sup>81</sup> MYKKELTVEDT, Roald Y. Procedural due process: the fair trial rule revisited. In: *Mercer Law Review*, vol. 24, 1973, p. 621-649.

<sup>82</sup> BICKEL, Alexander. *The least dangerous bench*. 2<sup>nd</sup> ed. Binghamton: Bobbs-Merrill Company Inc., 1986.

<sup>83</sup> *Solisbee v. Balkcom*, 339 U.S. 9, 16 (1950).

processo seria proteger apenas os sentimentos mais permanentes e universais da sociedade. A afirmação mostra que a crítica é mais fácil que a construção da solução: Frankfurter não apresenta um critério para que se possa diferenciar o que são sentimentos universais da sociedade, meramente articulados pela Corte, das preferências subjetivas da maioria de seus juízes<sup>84</sup>. Com o tempo, o próprio Frankfurter, embora tivesse consciência de que a análise judicial de casos tende a gerar uma sucessão *ad-hoc* de ordens muitas vezes incompatíveis entre si ou com a justificação que as apoia<sup>85</sup>, passou a adotar posicionamentos embasados em análise “racional”, com forte carga subjetiva, sempre negada por ele. Devido processo significa a equidade essencial e ele a define recorrendo à razão, a qual considerava “impessoal e comunicável”<sup>86</sup>.

A crítica formulada por Frankfurter foi direcionada a si próprio pelo juiz Black, que o acusava de estar reintroduzindo o direito natural na jurisprudência da Corte, por trás de análises supostamente racionais. Frankfurter o negava, assentando que sua noção de justiça<sup>87</sup>, composta pela história, pela razão, pelas decisões pretéritas e pela fé na democracia permitiria a apreensão do sentido constitucional, bem como que o *due process* não seria um instrumento rígido, mas um processo delicado de

---

<sup>84</sup> O mais próximo disso está no seu voto divergente em *West Virginia State Bd. of Educ. v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943): “As a member of this Court, I am not justified in writing my private notions of policy into the Constitution, no matter how deeply I may cherish them or how mischievous I may deem their disregard. The duty of a judge who must decide which of two claims before the Court shall prevail, that of a State to enact and enforce laws within its general competence or that of an individual to refuse obedience because of the demands of his conscience, is not that of the ordinary person. It can never be emphasized too much that one's own opinion about the wisdom or evil of a law should be excluded altogether when one is doing one's duty on the bench. The only opinion of our own even looking in that direction that is material is our opinion whether legislators could, in reason, have enacted such a law”.

<sup>85</sup> *Larson v. Domestic & Foreign Commerce Corp.*, 337 U.S. 682 (1949).

<sup>86</sup> Em voto concorrente em *AFL v. American Sash & Door Co.*, 335 U.S. 538 (1949) Frankfurter afirmou: “A court which yields to the popular will thereby licenses itself to practice despotism, for there can be no assurance that it will not, on another occasion, indulge its own will. Courts can fulfill their responsibility in a democratic society only to the extent that they succeed in shaping their judgments by rational standards, and rational standards are both impersonal and communicable. Matters of policy, however, are, by definition, matters which demand the resolution of conflicts of value, and the elements of conflicting values are largely imponderable. Assessment of their competing worth involves differences of feeling; it is also an exercise in prophecy. Obviously the proper forum for mediating a clash of feelings and rendering a prophetic judgment is the body chosen for those purposes by the people. Its functions can be assumed by this Court only in disregard of the historic limits of the Constitution”.

<sup>87</sup> Fairness, no original. A tradução dessa expressão como equidade é problemática, já que, em inglês, existem as expressões “justice” e “fairness”, as quais não têm correspondência precisa em outros idiomas.



ajuste, a ser feito por aqueles a quem a Constituição confiou tal missão<sup>88</sup>, ou seja, pela Corte. Para o juiz, a contenção da subjetividade não era incompatível com o apelo iluminista de existência de uma razão alcançável por intermédio da sabedoria e do conhecimento<sup>89</sup>. Afirmava a confiança na diferença entre uma decisão que decorra de revelação transcendental e outra que se funde na “consciência da sociedade verificada, tão bem quanto possível, por um tribunal disciplinado para a tarefa”<sup>90</sup>.

Frankfurter foi um dos responsáveis pela nova força que ganharia a cláusula do devido processo legal na jurisprudência norte-americana, em meados do século XX, chegando a afirmar que “a história da liberdade é, em grande medida, a história da observância de salvaguardas processuais”.<sup>91</sup> O principal valor, todavia, da jurisprudência capitaneada por Frankfurter não foi seu sucesso em estabelecer um conceito definitivo de devido processo, mas sua crítica ao viés de análise quase puramente histórico até então estabelecido. É esse o cerne de sua divergência com o juiz Black. A Corte tradicionalmente se amparava em elementos históricos, seja por intermédio dos precedentes, da história constitucional, ou mesmo da história colonial ou inglesa pré-colonial. Frankfurter e a Corte Warren fundamentarão suas decisões progressistas rompendo com a história e buscando uma fundamentação racional que, insistirão eles, tem caráter objetivo. O devido processo poderá deixar de ser, assim, uma simples salvaguarda de noções estabelecidas, para se adaptar às inevitáveis mudanças da sociedade<sup>92</sup>.

---

<sup>88</sup> STEVENS, Richard G. *Frankfurter and due process*. Lanham: United Press of America, 1987, p. 168.

<sup>89</sup> Idem, p. 170.

<sup>90</sup> *Bartkus v. Illinois*, 359 U.S. 121 (1959), voto concorrente: “Decisions under the Due Process Clause require close and perceptive inquiry into fundamental principles of our society. The Anglo-American system of law is based not upon transcendental revelation, but upon the conscience of society ascertained as best it may be by a tribunal disciplined for the task and environed by the best safeguards for disinterestedness and detachment”.

<sup>91</sup> *McNabb v. United States*, 318 U.S. 332 (1943).

<sup>92</sup> “Stability is an essential element of the law, and change there will be, and courts, as well as legislatures, are concerned with striking a balance. But life, liberty or property may not be taken without due process of law, and what is due process of law, and what is due is not immanent in what has been nor in what is coming to be”. STEVENS, Richard G. Book review of W. Mendelson, *Justices Black and Frankfurter: conflict in the court*. In: *William and Mary Law Review*, vol. 3, 1961, p. 216.

Um caso marcante do período é *Joint Anti-Fascist Refugee Committee v. McGrath*<sup>93</sup>, no qual se questionava a constitucionalidade da classificação, feita pelo governo federal, de pessoas e entidades como subversivas, privando-as, por essa razão, de variados direitos. Tanto Black quanto Frankfurter, assim como a maioria da Corte, entenderam que a colocação de pessoas nessas listas, sem prévia notificação e audiência, violava o devido processo legal. Os argumentos de ambos, entretanto, foram distintos e representativos de seus respectivos estilos. Black se fundou na história da *Common Law*, encontrando uma referência do reinado de James II, em 1688, para sustentar sua opinião<sup>94</sup>. Frankfurter considerou o devido processo como valor profundamente enraizado na tradição da sociedade americana e designado para mantê-la. O vício do ato impugnado era o fato de ter sido executado sem prévia notificação, sem dar aos interessados ciência das razões que o embasavam, sem acesso às provas e oportunidade de contraditá-las. A equidade do procedimento, afirma Frankfurter, é a essência do devido processo legal e ela deve ser assegurada mesmo nos tempos mais difíceis da nação. O conteúdo do devido processo não é fixo e apreensível por uma fórmula, mas representa uma atitude de justiça entre os homens e entre eles e o governo, sendo composto pela história, pelas decisões passadas e pela confiança na força da democracia<sup>95</sup>. Também nesse período, o juiz Jackson afirmou que “a justiça e regularidade do processo constituem a essência

---

<sup>93</sup> 341 U.S. 123 (1951).

<sup>94</sup> Em um caso bastante anterior, *Adamson v. California*, 332 U.S. 46 (1947), o juiz Black já havia deixado clara sua indignação com o uso exagerado da cláusula do devido processo, em virtude de seu caráter genérico: “This decision reasserts a constitutional theory spelled out in *Twining v. New Jersey*, 211 U. S. 78, that this Court is endowed by the Constitution with boundless power under “natural law” periodically to expand and contract constitutional standards to conform to the Court’s conception of what, at a particular time, constitutes “civilized decency” and “fundamental liberty and justice”.

<sup>95</sup> “The requirement of “due process” is not a fair-weather or timid assurance. It must be respected in periods of calm and in times of trouble; it protects aliens as well as citizens. But “due process,” unlike some legal rules, is not a technical conception with a fixed content unrelated to time, place and circumstances. Expressing, as it does in its ultimate analysis, respect enforced by law for that feeling of just treatment which has been evolved through centuries of Anglo-American constitutional history and civilization, “due process” cannot be imprisoned within the treacherous limits of any formula. Representing a profound attitude of fairness between man and man, and more particularly between the individual and government, “due process” is compounded of history, reason, the past course of decisions, and stout confidence in the strength of the democratic faith which we profess. Due process is not a mechanical instrument. It is not a yardstick. It is a process. It is a delicate process of adjustment inescapably involving the exercise of judgment by those whom the Constitution entrusted with the unfolding of the process.” *Joint Anti-Fascist Refugee Committee v. McGrath* 341 U.S. 123 (1951).

indispensável da liberdade. Muitas leis severas podem ser suportadas se forem aplicadas de modo justo e imparcial”<sup>96</sup>.

A dificuldade abordada pela Corte, um século antes, sobre saber se o processo devido é aquele previsto em lei, ou se a palavra “devido” condiciona a atividade do legislador, recebia uma resposta eloquente no sentido da restrição da atuação legislativa, embora ainda sem conteúdo muito bem determinado<sup>97</sup>. Isso não se fez sem resistências. O juiz Black, em vários casos, ressaltou que o devido processo legal, desde a Magna Carta, se referia a garantir que as pessoas fossem processadas de acordo com a *law of the land* e que, nos Estados Unidos, a lei da terra é a Constituição escrita e as leis aprovadas pelos órgão competentes<sup>98</sup>. Logo, não faria sentido pretender dar conteúdo autônomo à palavra “devido”, para além do que a própria Constituição ou a lei especifica como devido. Mas as críticas não prevaleceram e a Corte adotaria, na década de 1970, as decisões que Henry Friendly<sup>99</sup> qualificou como “explosão do devido processo”<sup>100</sup>. Em *Goldberg v.*

<sup>96</sup> *Shaughnessy v. United States*, 345 U.S. 206 (1953).

<sup>97</sup> Discutindo esse problema, HYMAN, Andrew T. The little word “due”. In: *Akron Law Review*, vol. 38, 2005, p. 1-51. Hyman é crítico da posição da Corte e sustenta que o devido processo não deveria ser utilizado para converter direito natural em direito positivo, for a do processo democrático.

<sup>98</sup> *In re Winship*, 397 U.S. 358 (1970), voto divergente do juiz Black: “Our Constitution provides that no person shall be “deprived of life, liberty, or property, without due process of law.” The four words -- due process of law -- have been the center of substantial legal debate over the years. (...) While it is thus unmistakably clear that “due process of law” means according to “the law of the land,” this Court has not consistently defined what “the law of the land” means, and, in my view, members of this Court frequently continue to misconceive the correct interpretation of that phrase. (...) In those words is found the kernel of the “natural law due process” notion by which this Court frees itself from the limits of a written Constitution and sets itself loose to declare any law unconstitutional that “shocks its conscience,” deprives a person of “fundamental fairness,” or violates the principles “implicit in the concept of ordered liberty.” (...) I have set forth at length in prior opinions my own views that this concept is completely at odds with the basic principle that our Government is one of limited powers, and that such an arrogation of unlimited authority by the judiciary cannot be supported by the language or the history of any provision of the Constitution. (...) In my view, both Mr. Justice Curtis and Mr. Justice Moody gave “due process of law” an unjustifiably broad interpretation. For me, the only correct meaning of that phrase is that our Government must proceed according to the “law of the land” -- that is, according to written constitutional and statutory provisions as interpreted by court decisions. The Due Process Clause, in both the Fifth and Fourteenth Amendments, in and of itself, does not add to those provisions, but, in effect, states that our governments are governments of law, and constitutionally bound to act only according to law.

<sup>99</sup> FRIENDLY, Henry. Some Kind of hearing. In: *University of Pennsylvania Law Review*, n. 123, 1975, p. 1267. Friendly, que faleceu em 1986, foi juiz do 2º Circuito de Apelações por quase 20 anos e detém em sua biografia o marco histórico de ter sido o primeiro aluno a receber o seu grau *summa cum laude* na Harvard Law School, em 1927. A referência é do Jornal Harvard Crimson, de 23 de junho de 1927.

<sup>100</sup> De fato, é impressionante a produção jurisprudencial e doutrinária desse período, acerca do devido processo legal. Um dos campos em que o debate foi mais acentuado foi o da sua intervenção no regime jurídico dos servidores públicos. Ver, na Suprema Corte, *Board of Regents of State*

*Kelly*<sup>101</sup>, a Suprema Corte entendeu que aquele que está ameaçado de perder um benefício de seguridade social tem direito a ser notificado e ouvido antes da cessação. Não seria propriamente um julgamento, mas uma oitiva oral, perante uma autoridade imparcial, com direito de apresentar e questionar testemunhas, bem como de receber uma decisão escrita fundamentada, embasada apenas em normas jurídicas e nos fatos apurados na audiência. Assim, uma audiência informal não satisfaria essa necessidade.

Outra decisão relevante nesse período é *Wolff v. McDonnell*<sup>102</sup>, de 1974, caso em que a Suprema Corte afirmou o direito dos presos serem ouvidos antes da adoção de medidas disciplinares em seu desfavor. O julgado está no contexto de um conjunto de outros casos relacionados ao devido processo legal em benefício de presos e condenados<sup>103</sup> e ainda cita outras situações, entre votos majoritários e vencidos, nas quais a Suprema Corte já havia afirmado o direito de alguém ser ouvido antes de decisões que o afetem<sup>104</sup>, sendo tal elemento essencial ao devido

---

*Colleges v. Roth*, 408 U.S. 564 (1972) e *Perry v. Sindermann*, 408 U.S. 593 (1972). Ver também *MIXON, Donn. Procedural due process and the teacher*. In: *Arkansas Law Review*, vol. 29, 1975, p. 87-103.

<sup>101</sup> 397 U.S. 254 (1970).

<sup>102</sup> 418 U.S. 539 (1974).

<sup>103</sup> Em *Morrissey v. Brewer*, 408 U.S. 471 (1972), a Suprema Corte impôs os seguintes requisitos para a revogação de liberdade condicional (parole): "(a) written notice of the claimed violations of parole; (b) disclosure to the parolee of evidence against him; (c) opportunity to be heard in person and to present witnesses and documentary evidence; (d) the right to confront and cross-examine adverse witnesses (unless the hearing officer specifically finds good cause for not allowing confrontation); (e) a 'neutral and detached' hearing body such as a traditional parole board, members of which need not be judicial officers or lawyers; and (f) a written statement by the factfinders as to the evidence relied on and reasons for revoking parole". Em *Gagnon v. Scarpelli*, 411 U. S. 778 (1973), os mesmos requisitos foram estendidos para a constatação de descumprimento de condições de penas alternativas (probation). Discutindo esse problema, ver REA, John C. Procedural Due Process in Parole Release Decisions. In: *Arizona Law Review*, vol. 18, 1976, p. 1023-1060. No Brasil, o Superior Tribunal de Justiça já analisou diversos casos semelhantes, também no âmbito da execução penal, afirmando, assim como nos Estados Unidos, o direito do condenado ser ouvido antes que a falta cometida durante a execução penal surta efeito. V. HC 196.126/SC, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 22/05/2012.

<sup>104</sup> "This analysis as to liberty parallels the accepted due process analysis as to property. The Court has consistently held that some kind of hearing is required at some time before a person is finally deprived of his property interests. *Anti-Fascist Committee v. McGrath*, 341 U. S. 123, 341 U. S. 168 (1951) (Frankfurter, J., concurring). The requirement for some kind of a hearing applies to the taking of private property, *Grannis v. Ordean*, 234 U. S. 385 (1914), the revocation of licenses, *In re Ruffalo*, 390 U. S. 544 (1968), the operation of state dispute settlement mechanisms, when one person seeks to take property from another, or to government-created jobs held, absent "cause" for termination, *Board of Regents v. Roth*, 408 U. S. 564 (1972); *Arnett v. Kennedy*, 416 U. S. 134, 416 U. S. 164 (1974) (POWELL, J., concurring); id. at 416 U. S. 171 (WHITE, J., concurring in part and dissenting in part); id. at 416 U. S. 206 (MARSHALL, J., dissenting). Cf. *Stanley v. Illinois*, 405 U. S. 645, 405 U. S. 652-654 (1972); *Bell v. Burson*, 402 U. S. 535 (1971)".

processo<sup>105</sup>. Enfim, a cláusula do *due process* seria estendida, nesse período, aos mais variados contextos, como os relativos a direitos de motoristas de veículos, empregados, estudantes e outros tantos referidos nas 798 notas de rodapé do detalhado trabalho de Doug Rendleman<sup>106</sup>.

A partir de *Wolff v. McDonnell*, Henry Friendly tenta estabelecer os elementos essenciais a um *fair hearing*<sup>107</sup>. Embora o autor enfoque a atuação administrativa do Estado<sup>108</sup>, os elementos propostos são perfeitamente aplicáveis ao contexto judicial, de modo que permitem a definição de um núcleo de elementos do devido processo legal: 1) um julgador imparcial, 2) ciência da ação proposta e de seus fundamentos, 3) oportunidade de apresentar argumentos de defesa, 4) oportunidade de produzir provas, inclusive de apresentar testemunhas<sup>109</sup>, 5) direito de conhecer as provas da parte contrária, 6) direito de inquirir as testemunhas da parte contrária, 7) direito a uma decisão fundada exclusivamente nas provas dos autos, 8) oportunidade de ser

---

<sup>105</sup> Por exemplo: *Joint Anti-Fascist Refugee Committee v. McGrath* 341 U.S. 123 (1951): "One of these principles is that no person shall be deprived of his liberty without opportunity, at some time to be heard".

*The Japanese Immigrant Case*, 189 U. S. 86 (1903): "By 'due process' is meant one which, following the forms of law, is appropriate to the case, and just to the parties to be affected. It must be pursued in the ordinary mode prescribed by the law; it must be adapted to the end to be attained; and wherever it is necessary for the protection of the parties, it must give them an opportunity to be heard respecting the justice of the judgment sought."

*Hagar v. Reclamation District*, 111 U. S. 701 (1884): "Before its property can be taken under the edict of an administrative officer, the appellant is entitled to a fair hearing upon the fundamental facts."

*Southern Railway Co. v. Virginia*, 290 U.S. 190 (1933): "Whether acting through its judiciary or through its Legislature, a state may not deprive a person of all existing remedies for the enforcement of a right, which the state has no power to destroy, unless there is, or was, afforded to him some real opportunity to protect it."

*Brinkerhoff-Faris Trust & Savings Co. v. Hill*, 281 U.S. 673 (1930): "the judgment violates due process of law, in its primary sense of an opportunity to be heard and to defend one's substantive right".

<sup>106</sup> RENDLEMAN, Doug. The new due process: rights and remedies. In: *Kentucky Law Journal*, vol. 63, 1975, p. 531-674.

<sup>107</sup> FRIENDLY, Henry. Some Kind of hearing. In: *University of Pennsylvania Law Review*, n. 123, 1975, p. 1267.

<sup>108</sup> O autor se perguntava: "Should the executive be placed in a position where it can take no action affecting a citizen without a hearing? When a hearing is required, what kind of hearing must it be? Specifically, how closely must it conform to the judicial model?"

<sup>109</sup> Sobre o devido processo legal na fase probatória, ver WOODSIDE, Frank C; SCHAEFER, Jeffrey R. The future of due process during discovery and what would Wigmore have to made of Daubert? In: *"Due process be damned"*. 1995 annual meeting, The Fairmont, San Francisco, California. Manuscrito.

representado por advogado, 9) necessidade de registro das provas apresentadas e 10) fundamentação da decisão<sup>110</sup>.

Morris Forkosch, escrevendo na mesma época, chega a afirmar que o devido processo legal procedimental é uma causa suficiente da democracia americana, sendo um componente do *American way of life*<sup>111</sup>. Mas a própria Suprema Corte não demorou a perceber o custo que o devido processo imporia, sobretudo à administração pública. Em *Mathews v. Eldridge*<sup>112</sup>, os juízes temperaram o entendimento de *Goldberg*, por intermédio de uma distinção do precedente, ponderando que as exigências lá fixadas não devem ser consideradas como regra geral. A Corte, asseverando que o devido processo legal não é uma norma rígida, estabeleceu um teste de balanceamento de três partes para a conduta estatal, considerando: a) os interesses privados que serão afetados pela decisão, b) o risco decorrente da privação indevida desses interesses e o potencial que os procedimentos adotados têm de evitar esse risco, bem como, de outro lado, c) os interesses do Estado envolvidos no exercício daquela função e o custo da introdução das garantias procedimentais<sup>113</sup>. O resultado desse teste apontaria que tipo de garantia processual o caso demandaria, sendo, portanto, incabível pretender que a decisão de *Goldberg* fosse aplicada em todos os âmbitos da atividade administrativa.

Ainda que a construção tenha buscado, de modo minudente, distinguir as situações e evitar simplesmente afastar *Goldberg*, até por ser uma decisão adotada poucos

<sup>110</sup> O Black's Law Dictionary assim define o devido processo: The conduct of legal proceedings according to established rules and principles for the protection and enforcement of private rights, including notice and the right to a fair hearing before a tribunal with the power to decide the case." GARNER, Bryan A. (ed.) Black's Law Dictionary. 9. ed. St. Paul: Thomson Reuters, 2009, p. 575. Para mais detalhes sobre cada um desses requisitos, no contexto do sistema norte-americano, ver BAYLES, Michael D. *Procedural justice: allocating to individual*. Boston: Kluwer Academic Publishers, 1990, especialmente p. 39-60.

<sup>111</sup> "We may thus conclude that procedural due process does greatly influence and condition our lives, albeit the exact scope and degree are open questions". FORKOSCH, Morris D. *Brooklyn Law Review*, vol. 24, 1978, p. 173-253. Citação p. 253.

<sup>112</sup> 424 U.S. 319 (1976).

<sup>113</sup> "Due process is flexible and calls for such procedural protections as the particular situation demands (...) Resolution of the issue here involving the constitutional sufficiency of administrative procedures prior to the initial termination of benefits and pending review, requires consideration of three factors: (1) the private interest that will be affected by the official action; (2) the risk of an erroneous deprivation of such interest through the procedures used, and probable value, if any, of additional procedural safeguards; and (3) the Government's interest, including the fiscal and administrative burdens that the additional or substitute procedures would entail".

anos antes, o que ocorreu, em verdade, foi um arrependimento dos juízes em relação à extensão do julgado anterior e, por essa razão, um retrocesso. A Corte passa a ver o devido processo como uma garantia cujos elementos não têm valor em si, mas condicionados à avaliação de sua finalidade em um determinado contexto<sup>114</sup>. Os juízes percebem que a generalização de *Goldberg* exigiria que a administração investisse recursos para a implementação de processos que, em grande medida, teriam pouca utilidade prática, reduzindo, por essa razão, os investimentos disponíveis para a realização dos direitos materiais subjacentes aos conflitos. O devido processo legal assumiria, a partir de então, caráter instrumental, o qual ostenta até a atualidade, uma vez que *Mathews* permanece um precedente válido<sup>115</sup>.

### 3.5 Breve referência ao devido processo legal nos sistemas de *Civil Law*

Antes de seguir com o estudo dos elementos do devido processo legal nos Estados Unidos, marco teórico que orienta a presente exposição, é relevante demonstrar, ainda que brevemente, que os elementos básicos dessa garantia, tal como definidos na jurisprudência estadunidense, não são consideravelmente distintos dos apontados pelos teóricos de matriz continental. Talvez, como queria Frankfurter, exista um senso mais ou menos universal de justiça processual, que aproxime sistemas jurídicos diversos à volta de conceitos gerais impressionantemente

---

<sup>114</sup> O artigo de Friendly, supra mencionado, foi citado diversas vezes na decisão e, ao que parece, influencia consideravelmente a sua conclusão. É preciso considerar que *Mathews* trata de benefícios por incapacidade devidos a trabalhadores, enquanto *Goldberg* versava sobre um benefício de natureza assistencial. Assim, foi expressamente considerado que as consequências da cessação indevida neste caso seriam mais graves que naquele.

<sup>115</sup> No sentido do texto, WASSERMAN, Rhonda. *Procedural due process: a reference guide to the United States Constitution*. Westport: Praeger Publishers, 2004, p. 66. Há inúmeros debates acerca do alcance das garantias processuais no âmbito administrativo, que não interessam propriamente a este trabalho. Por exemplo, Paul Edmondson discute a necessidade de se assegurar alguém o devido processo legal antes que ele seja impedido de realizar uma obra em decorrência de tombamento. Essa aplicação do devido processo não foi aceita pela Suprema Corte em *Penn Central Transportation Co. v. New York City*, 38 U.S. 104 (1978). Há uma evidente impressão, nos Estados Unidos, de que a aplicação de *Goldberg* em todos os seus termos, teria ido muito além do que a Corte pretendia restringir a conduta da administração. Ver EDMONDSON, Paul W. Historic Preservation Regulation and Procedural Due Process. In: *Ecology Law Quarterly*, vol. 9, 1978, p. 743-775.

parecidos. A existência dessa identidade de concepções valida o exercício aqui proposto, que pretende analisar a concepção de devido processo coletivo, no Brasil, à luz da formulação norte-americana. Apesar da diversidade dos sistemas, que se reconhece, as noções de devido processo são aproximadas.

Vittorio Denti afirma que a oportunidade garantida a todas as pessoas de participar das decisões judiciais decorre da mudança do papel do Poder Judiciário e de sua relação com o cidadão, no contexto da Revolução Francesa. A Assembleia Constituinte de 1790 teve como uma de suas prioridades estabelecer o controle democrático da administração da Justiça, valendo-se, para tanto, de elementos como a eletividade dos juízes, o júri popular e um sistema processual liberto do formalismo até então prevalente<sup>116</sup>. Na atualidade, o art. 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem<sup>117</sup> afirma o direito de toda pessoa ser ouvida na determinação de seus direitos<sup>118</sup>.

Na Alemanha, a garantia do devido processo legal (*faire Verfahrensführung*) não é referida expressamente na Constituição, mas é vista pelo Tribunal Constitucional como decorrência direta do Estado de Direito e da obrigatoriedade de que o processo seja conduzido de forma justa<sup>119</sup>. O art. 103, (1), da Norma Fundamental afirma que “perante um tribunal, todos têm o direito de ser ouvidos”<sup>120</sup>. De modo geral, a Constituição optou por enunciar garantias substantivas e a doutrina e a jurisprudência extraem delas garantias processuais. O núcleo dessas garantias processuais se baseia na tríade informação–participação–proteção. O tribunal já

<sup>116</sup> DENTI, Vittorio. Giustizia e partecipazione nella tutela dei nuovi diritti. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (org.). *Processo e participação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988, p. 11-23.

<sup>117</sup> “Art. 6º Qualquer pessoa tem direito a que sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela”.

<sup>118</sup> O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos contém disposição similar no seu art. 14, assim como a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, no art. 7º.

<sup>119</sup> Nesse sentido, do Tribunal Constitucional, BVerfGE 24, 367 [401].

<sup>120</sup> “Artikel 103

[Grundrechte vor Gericht]

(1) Vor Gericht hat jedermann Anspruch auf rechtliches Gehör”.

Desse artigo o Tribunal Constitucional extraiu, por exemplo, os direitos à inafastabilidade da tutela jurisdicional e ao contraditório, embora, fora a primeira oração, todo o restante do dispositivo, bem como os que o cercam, tratem de contexto exclusivamente penal. Ver, BVerfGE 40, 88.



decidiu, por exemplo, que a participação dos interessados no processo de autorização administrativa de atividades industriais integra o mínimo de proteção processual que decorre dos direitos fundamentais<sup>121</sup>. Há uma preocupação especial com a participação nas situações em que o legislador deixa para o administrador a concretização de conceitos abertos, como contrapeso dessa liberdade<sup>122</sup>.

A situação não é diferente no Brasil, onde os acadêmicos<sup>123</sup> sustentam contornos do devido processo legal em termos muito parecidos com os elementos mencionados por Henry Friendly<sup>124</sup>. Por exemplo, a exigência de um tribunal imparcial se identifica, no Brasil, com a garantia do juiz natural. As garantias de conhecimento da ação, produção de provas e representação por advogado são aspectos do acesso à justiça e da ampla defesa. Já as garantias de conhecimento e impugnação das provas do adversário são os elementos do contraditório. Finalmente, o registro das provas e fundamentação das decisões constituem aspectos do dever judicial de motivação das decisões que, da perspectiva do cidadão, também é uma garantia. Processo devido, no Brasil, é, portanto, aquele que respeita as garantias processuais constitucionais<sup>125</sup>. Não há necessidade, graças ao caráter minudente da Constituição brasileira, de se buscar elementos implícitos, a partir de uma cláusula geral. O que resta é interpretar o alcance dessas disposições para sua aplicação em concreto, inclusive no âmbito das ações coletivas. Nesse sentido, o devido processo legal, na Constituição brasileira, não está contido apenas no art. 5º, LIV, mas

---

<sup>121</sup> BverfGE 53, 30, 66.

<sup>122</sup> Ver, de modo geral, PÜNDER, Hermann; WALDHOFF, Christian (eds.). *Debates in German Public Law*. Oxford: Hart Publishing Ltd: 2014, e também CURRIE, David P. Lochner Abroad: Substantive Due Process and Equal Protection in the Federal Republic of Germany. In: *The Supreme Court Review*, 1989, p. 333-372.

<sup>123</sup> Com algumas variações, essa é a perspectiva de GRINOVER, Ada Pellegrini. Defesa, contraditório, igualdade e par conditio na ótica do processo de estrutura cooperatória. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, coord. *O processo constitucional em marcha*. São Paulo: Editora Max Lemonad, 1986. Ver também NERY Jr., Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

<sup>124</sup> Op. cit., p. 1267 e ss.

<sup>125</sup> Nesse sentido, em relação à Itália, a observação de Daniela Di Carlo, segundo a qual o devido processo não pode significar apenas o que a lei estabeleceu, ou não seria uma verdadeira garantia constitucional, mas também não se deve exigir uma regulamentação legal minudente ao ponto de fazer regredir o papel do juiz (DI CARLO, Daniela. *Il principio del contraddittorio nel diritto amministrativo: profili sostanziali, procedurali e processuali*. Tesi di dottorato di ricerca in diritto pubblico, Università Degli Studi Di Roma "Tor Vergata", 2008, p. 7). Referência clássica sobre o tema é GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973.

também engloba, pelo menos, as garantias previstas no art. 5º, XXXV (acesso à justiça), LIII (juiz natural), LV (contraditório e ampla defesa), LVI (proibição de provas ilícitas), LX (publicidade dos atos processuais)<sup>126</sup>, LXXVIII (duração razoável do processo) e art. 93, IX (fundamentação das decisões). Logo, o processualista brasileiro não se confronta com um desafio da mesma dimensão do norte-americano. Ainda que a Constituição de 1988 não resolva diretamente todas as situações, deixando espaço para debates jurisprudenciais, já que não define o que é ampla defesa ou quem é o juiz natural, seus contornos para o devido processo legal são mais concretos que os delineados na Constituição dos Estados Unidos.

Igualmente, na Argentina, Osvaldo Alfredo Gozáni busca uma interpretação extensiva do devido processo, mas os elementos que inclui não são substancialmente distintos dos já elencados: 1) direito de acesso à justiça sem restrições; 2) julgamento por juízes imparciais; 3) direito de ter um advogado de confiança; 4) direito à prova e a participar da busca da verdade; 5) direito a obter uma sentença motivada; 6) direito à duração razoável do processo<sup>127</sup>. O autor sustenta que o devido processo legal deixa de ser uma garantia meramente processual, para passar ao estágio que ele denomina “devido processo legal constitucional”<sup>128</sup>. Trata-se, em verdade, não de novas garantias, mas de um novo enfoque naquelas já existentes, vistas não mais como regras a serem meramente impostas por um juiz distante do processo, que nada mais faz além de intermediar a luta entre as partes, mas de um processo que se constrói a partir da perspectiva dos direitos humanos, que garante a todos tutela judicial efetiva. Desse modo, o direito de ser ouvido, de produzir alegações e provas em contraditório, de ser julgado por um juiz natural, que produza uma sentença motivada e efetiva, em um prazo razoável, não deve ser interpretado ou aplicado com a finalidade de obstar a realização do resultado processual efetivo, mas de assegurá-lo. É um processo que

---

<sup>126</sup> Para um interessante estudo sobre o valor da publicidade dos atos processuais enquanto participação do “público” no processo, v. Sobre o papel da participação pública na garantia do devido processo legal, ver também RESNIK, Judith. Due process: a public dimension. In: *University of Florida Law Review*, vol. 39, 1987, p. 405-431.

<sup>127</sup> GOZÁNI, Osvaldo Alfredo. *El debido proceso*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, p. 11.

<sup>128</sup> Op. cit., p. 32.

visa a restaurar os direitos perdidos, ao invés de se perder em “egoísmos adjetivos”<sup>129</sup>.

No âmbito regional, a Convenção Interamericana de Direitos Humanos dedica o seu art. 8º ao devido processo legal, minudenciando diversos aspectos e esclarecendo sua aplicação também ao processo civil<sup>130</sup>. Ao julgar o caso *Caso Ivcher Bronstein*<sup>131</sup>, a Corte Interamericana de Direitos Humanos entendeu que, apesar desse dispositivo se encontrar no título relativo às garantias judiciais, o devido processo legal se aplica “ao conjunto de requisitos que devem ser observados nas instâncias processuais, para que as pessoas possam defender-se adequadamente de qualquer ato emanado do Estado que possa afetar seus direitos”<sup>132</sup>. De modo similar, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos dedica diversos dispositivos e, de modo especial, o Artigo 14, a minudenciar garantias processuais que devem ser respeitadas pelos países signatários<sup>133</sup>.

Tudo isso deixa claro que os elementos do devido processo legal, garantidos e interpretados pelos distintos ordenamentos jurídicos, e mesmo pelo sistema internacional, gravitam em torno de ideias similares, que permitem a apreensão de um núcleo central da garantia, o qual a jurisprudência norte-americana resumiu no conceito de *notice and hearing*, detalhado a seguir.

---

<sup>129</sup> Gozáini, cit., p. 28.

<sup>130</sup> “Artigo 8º Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”. A Convenção foi internalizada no direito brasileiro por intermédio do Decreto 678, de 1992.

<sup>131</sup> Sentencia del 6 de febrero de 2001.

<sup>132</sup> P. 49 da decisão.

<sup>133</sup> Artigo 14

“1. Todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil”. O Pacto foi internalizado no direito brasileiro pelo Decreto 592, de 1992.

### 3.6 *Notice and hearing*: a participação como núcleo do devido processo legal

Qualquer hierarquização de elementos de um conceito jurídico é polêmica, uma vez que todos são pressupostos para a sua integridade. Entretanto, da análise do devido processo legal elaborada anteriormente, é perceptível que o direito de participar do desenvolvimento do processo se sobressai entre os demais elementos da garantia. É certo que a imparcialidade do juiz<sup>134</sup>, a igualdade entre as partes<sup>135</sup>, a efetividade da tutela<sup>136</sup> e os demais elementos que compõem o conceito são fundamentais, mas há uma constante preocupação, tanto acadêmica quanto jurisprudencial, com a participação<sup>137</sup>. Pela análise histórica realizada a partir da jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos e da Inglaterra, é possível afirmar que o conceito de devido processo legal cresceu em volta da participação. A noção de que alguém tem direito de se manifestar perante uma autoridade, antes que ela decida uma causa de seu interesse, faz parte de um senso de justiça, pelo menos na civilização ocidental, que vai além do ordenamento positivo.

#### 3.6.1 O direito de ser ouvido

As discussões do conceito de devido processo legal, ocorridas na Suprema Corte dos Estados Unidos, ao longo do século XX, permitem delinear a evolução do entendimento relativo à sua extensão. Inicialmente, a Corte considera que o direito de ser ouvido não alcança a produção de normas jurídicas, legais ou infralegais.

---

<sup>134</sup> Sempre cabe lembrar o teor do art. 10, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948: “Toda a pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial que decida dos seus direitos e obrigações...”

<sup>135</sup> No julgamento da ADI-MC 1.753/DF, relator o Min. Sepúlveda Pertence, j. em 16.04.1998, o Supremo Tribunal Federal ressaltou o valor da igualdade entre as partes, como corolário do devido processo.

<sup>136</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Efetividade do processo e tutela de urgência*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

<sup>137</sup> De acordo com a Suprema Corte dos Estados Unidos, “The fundamental requisite of due process of law is the opportunity to be heard”. *Grannis v. Ordean*, 234 U. S. 385, 234 U. S. 394 (1914), citado seguidamente ao longo de todo o século XX, por exemplo, em *Ford v. Wainwright*, 477 U.S. 399 (1986).

Nessa situação, o que protege as pessoas não é a participação, mas o sistema democrático e o controle que o cidadão exerce, ainda que indiretamente, sobre as autoridades eleitas que protagonizam a produção normativa<sup>138</sup>. A fundamentação é pragmática: dar a todos o direito de se manifestar sobre tudo inviabilizaria as atividades do governo. Fora isso, se os interesses de indivíduos específicos são atingidos pela ação estatal, esses indivíduos têm o direito de ser ouvidos, tal como definido em *Goldberg v. Kelly* e reelaborado em *Mathews v. Eldridge*, ou seja, em regra, lhes deve ser assegurada tal oportunidade antes que a decisão estatal seja tomada. Os requisitos da oitiva estão sujeitos ao teste de três fases, definido em *Mathews*, no qual se sopesam 1) a natureza do direito afetado; 2) o risco de privação errônea do direito e o grau de redução desse risco em razão da adição de mais garantias processuais e 3) o grau em que o interesse público será afetado pela exigência processual e o interesse do Estado na adjudicação eficiente do direito.

Ao longo do tempo, a Corte aplicou esse teste a uma variedade de casos, para definir os contornos do direito de ser ouvido<sup>139</sup>. Assim, se a atuação governamental é urgente e a oitiva do interessado prejudicaria o interesse público<sup>140</sup>, como em situações relativas à saúde ou à segurança pública, ninguém tem direito de ser ouvido, mesmo que isso signifique um prejuízo substancial aos seus interesses<sup>141</sup>.

---

<sup>138</sup> *Bi-Metallic Investment Co. v. State Board of Equalization*, 239 U.S. 441 (1915): “Where a rule of conduct applies to more than a few people, it is impracticable that everyone should have a direct voice in its adoption. The Constitution does not require all public acts to be done in town meeting or an assembly of the whole. General statutes within the state power are passed that affect the person or property of individuals, sometimes to the point of ruin, without giving them a chance to be heard. Their rights are protected in the only way that they can be in a complex society -- by their power, immediate or remote, over those who make the rule. If the result in this case had been reached, as it might have been, by the state's doubling the rate of taxation, no one would suggest that the Fourteenth Amendment was violated unless every person affected had been allowed an opportunity to raise his voice against it before the body entrusted by the state constitution with the power. In considering this case in this Court we must assume that the proper state machinery has been used, and the question is whether, if the state constitution had declared that Denver had been undervalued as compared with the rest of the state, and had decreed that, for the current year, the valuation should be forty percent higher, the objection now urged could prevail. It appears to us that to put the question is to answer it. There must be a limit to individual argument in such matters if government is to go on”.

<sup>139</sup> O casuismo chega a ser surpreendente. Em *Ingraham v. Wright*, 430 U.S. 651 (1977), a Suprema Corte entendeu que os alunos de escolas não têm direito de serem ouvidos antes de receberem punições corporais dos professores, porque “The concept that reasonable corporal punishment in school is justifiable continues to be recognized in the laws of most States. It represents “the balance struck by this country,” between the child's interest in personal security and the traditional view that some limited corporal punishment may be necessary in the course of a child's education”.

<sup>140</sup> *Fuentes v. Shevin*, 407 U.S. 67 (1972)

<sup>141</sup> O Tribunal Constitucional alemão adotou posicionamento similar para a atuação judicial, em BVerfGE 9, 89, afirmando que, em regra, a oitiva do interessado só faz sentido antes da decisão,

Fora os casos de urgência, de modo geral, quanto maior a privação, mais exigente será a garantia processual. A demissão de um servidor público ou a expulsão de um aluno da escola demandam maiores restrições processuais que o afastamento do servidor sem prejuízo da remuneração ou a suspensão temporária do aluno<sup>142</sup>. Por outro lado, algumas suspensões, como a de serviços públicos básicos, causam prejuízos tão graves, mesmo sendo transitórias, que demandam que o interessado possa se manifestar previamente<sup>143</sup>.

Quanto ao risco de que a decisão administrativa seja errada, caso adotada sem a oitiva do interessado, a Suprema Corte entendeu que, quanto mais consistentes forem os elementos que sustentam a deliberação, menos necessária será a oitiva. Por exemplo, um servidor público que foi preso pode ser afastado, com prejuízo da remuneração, sem necessidade de ser previamente ouvido, porque os elementos da investigação penal são suficientes para reduzir consideravelmente a possibilidade de que a decisão incorra em erro<sup>144</sup>. Na mesma linha, em uma polêmica decisão, a Corte, aplicando o teste de *Mathews*, entendeu que uma mãe poderia ser privada de seu poder familiar, sem a indicação de advogado público para defendê-la,

---

porque a oitiva das partes é o pressuposto de uma decisão correta. Todavia, excepcionalmente, quando há necessidade de adoção de uma providência imediata, como é o caso das medidas cautelares, é possível que o interessado (no caso, acusado, pois se tratava de questão penal) seja ouvido após a decisão, embora sempre antes do provimento final.

<sup>142</sup> Ver *Board of Regents of State Colleges v. Roth*, 408 U.S. 564 (1972), *Cleveland Board of Education v. Loudermill*, 470 U.S. 532 (1985) e CHRISTENSEN, Dennis J. Democracy in the classroom: due process and school discipline. In: *Marquette Law Review*, vol. 58, 1975, p. 705-740.

<sup>143</sup> WASSERMAN, Rhonda. *Procedural due process: a reference guide to the United States Constitution*. Westport: Praeger Publishers, 2004, p. 72.

<sup>144</sup> *Gilbert v. Homar* 520 U.S. 924 (1997): "Three factors are relevant in determining what process is constitutionally due: (1) the private interest that will be affected by the official action; (2) the risk of an erroneous deprivation of such interest through the procedures used, and the probable value, if any, of additional or substitute procedural safeguards; and (3) the Government's interest. Respondent asserts an interest in an uninterrupted paycheck; but account must be taken of the length and finality of the temporary deprivation of his pay. So long as a suspended employee receives a sufficiently prompt postsuspension hearing, the lost income is relatively insubstantial, and fringe benefits such as health and life insurance are often not affected at all. On the other side of the balance, the State has a significant interest in immediately suspending employees charged with felonies who occupy positions of public trust and visibility, such as police officers. While this interest could have been accommodated by suspending respondent with pay, the Constitution does not require the government to give an employee charged with a felony paid leave at taxpayer expense. The remaining Mathews factor is the most important in this case: The purpose of a presuspension hearing to assure that there are reasonable grounds to support the suspension without pay, has already been assured by the arrest and the filing of charges".

considerando a gravidade dos fatos contra ela apresentados<sup>145</sup>. Em relação à atuação da autoridade, se sua margem de liberdade para a tomada de decisão é pequena, a necessidade da oitiva será menor<sup>146</sup>, já que se reduz a possibilidade de que os elementos eventualmente apresentados pelo interessado possam gerar efeitos significativos sobre o resultado.

Finalmente, a Corte considera a eficácia de medidas pós-privação para corrigir decisões equivocadas. Quanto mais viável for sanar eventuais erros depois de cometidos, menor é a necessidade de que os interessados sejam ouvidos previamente<sup>147</sup>. A possibilidade de acesso ao Judiciário, em regra, não é suficiente para satisfazer esse requisito<sup>148</sup>. É preciso que uma audiência administrativa esteja disponível após a privação, de modo tão mais imediato quanto mais grave ela for<sup>149</sup>. Excepcionalmente, todavia, o acesso à justiça é tudo o que resta, como na hipótese da privação ser imprevisível, por decorrer de uma conduta aleatória ou mesmo não autorizada, praticada por servidores públicos.

Estabelecidas as condições para incidência do direito de ser ouvido, ainda é preciso detalhar como essa audiência deve transcorrer. Ainda que o sistema adversarial seja valorizado nos Estados Unidos, a Suprema Corte não exige que, para a realização do devido processo, toda oitiva deva ser procedida nos moldes de uma audiência judicial. Por outro lado, valoriza-se que ela seja presidida por um julgador

---

<sup>145</sup> *Lassiter v. Department of Social Services*, 452 U.S. 18 (1981). O caso restringiu a assistência Judiciária gratuita, nos Estados Unidos, aos processos penais, uma vez que a Corte afirmou que “The Constitution does not require the appointment of counsel for indigent parents in every parental status termination proceeding. The decision whether due process calls for the appointment of counsel is to be answered in the first instance by the trial court, subject to appellate review.(...) With regard to what the “fundamental fairness” requirement of the Due Process Clause means concerning the right to appointed counsel, there is a presumption that an indigent litigant has a right to appointed counsel only when, if he loses, he may be deprived of his physical liberty”. Para um comentário sobre essa questão, ver PASTORE, Clare. Life after Lassiter: an overview of State-Court right-to-counsel decisions. In: *Clearinghouse Review Journal of Poverty Law and Policy*, 2006, p. 186-195.

<sup>146</sup> *Dixon v. Love*, 431 U.S. 105 (1977). Revogação automática de carteira de motorista após três suspensões.

<sup>147</sup> *Mackey v. Montrym*, 443 U.S. 1 (1979): “Here, neither the nature of the private interest involved -- the licensee's interest in the continued possession and use of his license pending the outcome of the hearing due him -- nor its weight compels a conclusion that the summary suspension procedures are unconstitutional, particularly in view of the post-suspension hearing immediately available and of the fact that the suspension is for a maximum of only 90 days”.

<sup>148</sup> *Logan v. Zimmerman Brush Co.*, 455 U.S. 422 (1982): “The availability of a post-termination tort action does not provide appellant due process”.

<sup>149</sup> WASSERMAN, Rhonda. *Procedural due process: a reference guide to the United States Constitution*. Westport: Praeger Publishers, 2004, p. 75.

imparcial<sup>150</sup> e, caso haja necessidade, deve ser oportunizada aos interessados a produção de provas<sup>151</sup>. Nesse particular, em razão do valor atribuído à oralidade dos procedimentos, existem dúvidas acerca da obrigatoriedade de se oportunizar a presença pessoal do interessado perante a autoridade. A Corte se mostrou favorável a esse direito, tanto em matéria de cancelamento de benefícios governamentais, quanto de direitos de presos, mas o submeteu, em *Mathews*, ao mesmo balanceamento dos demais requisitos: se for improvável que a presença pessoal tenha influência sobre a decisão, ela pode ser dispensada. O mesmo raciocínio foi aplicado para o direito de chamar testemunhas para depor e de inquirir as presentes (*cross examination*)<sup>152</sup>. Por outro lado, a decisão deve ser fundamentada nos elementos de prova disponíveis, produzidos durante a audiência, de maneira que, quanto mais restrito for o seu escopo, mais limitado será o embasamento à disposição do órgão decisório<sup>153</sup>.

Essa construção de que todos os interessados em uma determinada ação têm o direito de serem ouvidos, exercendo as prerrogativas inerentes ao devido processo legal, costuma ser referida como o direito de ter o seu *day in court* ou o seu dia perante a corte<sup>154</sup>. Assim, ter o seu dia na corte é uma referência dirigida não apenas ao direito de presença física do interessado no tribunal e de dirigir-se a ele<sup>155</sup>, mas, mais marcadamente, ao direito de ter seu caso apreciado e julgado, de acordo com as regras do devido processo legal.

<sup>150</sup> *Marshall v. Jerrico, Inc.*, 446 U.S. 238 (1980).

<sup>151</sup> *Ford v. Wainwright*, 477 U.S. 399 (1986)

<sup>152</sup> WASSERMAN, Rhonda. *Procedural due process: a reference guide to the United States Constitution*. Westport: Praeger Publishers, 2004, p. 88-92.

<sup>153</sup> *Goldberg v. Kelly*, 397 U.S. 254 (1970): "...the decisionmaker's conclusion as to a recipient's eligibility must rest solely on the legal rules and evidence adduced at the hearing"

<sup>154</sup> O Black's Law Dictionary apresenta o seguinte verbete para "day in court": "1. The right and opportunity, in a judicial tribunal, to litigate a claim, seek relief, or defend one's rights. 2. The right to be notified and given an opportunity to appear and to be heard when one's case is called". GARNER, Bryan A. (ed). *Black's Law Dictionary*. 9<sup>th</sup> Edition. St. Paul: West, 2009, p. 455. Em *Galpin v. Page*, 85 U.S. 18 Wall. 350 350 (1873), o juiz Field afirmou: "It is a rule as old as the law, and never more to be respected than now, that no one shall be personally bound until he has had his day in court, by which is meant until he has been duly cited to appear, and has been afforded an opportunity to be heard".

<sup>155</sup> A oralidade e a fluidez do procedimento são grandemente valorizadas nos processos judiciais nos países de *common law*. Escrevendo em 1950, Bernard Schwartz a considerou parte essencial do devido processo legal. SCHWARTZ, Bernard. *Procedural due process in federal administrative Law*. In: *New York University Law Review*, vol. 25, 1950, p. 552-578.

Para uma ácida – e, ainda que escrita há quase um século, inquietantemente familiar – crítica acerca do "day in court" e da má condução burocrática dos processos em países de civil law, ver AMOS, Sir



No âmbito europeu, o direito de participar do processo provocou controvérsias, inicialmente, no campo do Direito da Concorrência. Isso porque, nos primórdios da unificação do continente, esse era um dos poucos setores em que as autoridades regionais podiam aplicar penalidades diretamente aos cidadãos e empresas atuantes no mercado de consumo. Ainda em 1974, o Tribunal de Justiça da União Europeia, ao julgar o caso *Transocean Marine Paint Association v. Commission*<sup>156</sup>, afirmou a existência de uma regra geral segundo a qual toda pessoa cujos interesses serão perceptivelmente afetados por uma decisão de autoridade pública tem direito à oportunidade de apresentar seu ponto de vista. No final da década de 1970, o Tribunal foi ainda mais longe, no caso *Hoffmann-La Roche & Co. AG v. Commission*<sup>157</sup>, entendendo que o direito de ser ouvido em qualquer processo do qual possa resultar sanção é um princípio fundamental do direito comunitário. Esse entendimento se consolidou de tal modo no contexto europeu que, ao tratar do direito a uma boa administração, o art. 41º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, assinada em 2000, afirma que ele compreende “o direito de qualquer pessoa a ser ouvida antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida individual que a afecte desfavoravelmente”<sup>158</sup>. Esse direito seria elevado ao nível de garantia constitucional, se a Constituição europeia tivesse sido aprovada<sup>159</sup>.

---

Maurice. A day in court at home and abroad. In: *The Cambridge Law Journal*, vol. 2, 1924-1926, p. 340-349.

<sup>156</sup> *Case 17-74*, julgado em 1974: “It is clear, however, both from the nature and objective of the procedure for hearings, and from articles 5, 6 and 7 of regulation no 99/63, that this regulation, notwithstanding the cases specifically dealt with in articles 2 and 4, applies the general rule that a person whose interests are perceptibly affected by a decision taken by a public authority must be given the opportunity to make his point of view known”.

<sup>157</sup> *Caso 85-76*, julgado em 1979.

<sup>158</sup> A Carta se tornou vinculante por disposição do tratado de Lisboa, assinado em 2007, com ressalvas pontuais da Polônia e do Reino Unido, que não tem relevância para o argumento em discussão.

<sup>159</sup> Para uma discussão mais ampla da questão europeia v. BIGNAMI, Francesca. Three Generations of Participation Rights before the European Commission. In: *Law and Contemporary Problems*, Vol. 68, No. 1, 2004, pp. 61-83.

### 3.6.2 O direito de ser ouvido no direito brasileiro: crítica ao uso da expressão “contraditório”

O Supremo Tribunal Federal, no Brasil, já teve oportunidade de afirmar, com base em doutrina alemã, ao julgar mandado de segurança relativo ao cancelamento de benefício previdenciário de pensão por morte, que a pretensão à tutela jurídica inclui o direito a ser informado dos elementos constantes do processo, o direito de se manifestar sobre os elementos fáticos e jurídicos do caso, assim como de ter seus argumentos considerados “séria e detidamente”<sup>160</sup>. Nesse mesmo julgado, o Ministro Cezar Peluso asseverou, tratando da garantia do devido processo legal na Constituição de 1988 que:

não há processo minimamente justo onde não haja possibilidade, de acordo, aliás, com o inciso subsequente (LV), do exercício pleno do contraditório, o qual não se limita (...) à garantia de alegação oportuna e eficaz a respeito dos fatos, mas implica a possibilidade de ser ouvido também em matéria jurídica (...) o fato de não ser ouvida, sob pretexto de suposta aparência de fraude, transforma a pessoa humana em objeto, em se dispondo sobre ela sem lhe dar a oportunidade de ser ouvida e considerada como sujeito.

Ainda tratando de processo administrativo, o Supremo Tribunal reiterou esse entendimento em mais de uma oportunidade<sup>161</sup>, tendo o Ministro Marco Aurélio assegurado o direito de manifestação, por aplicação da Lei 9.784/99, a “todos

---

<sup>160</sup> MS 24268, Relator(a): Min. Ellen Gracie, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2004.

<sup>161</sup> “O Supremo Tribunal Federal fixou jurisprudência no sentido de que os princípios do contraditório e da ampla defesa, ampliados pela Constituição de 1988, incidem sobre todos os processos, judiciais ou administrativos, não se resumindo a simples direito, da parte, de manifestação e informação no processo, mas também à garantia de que seus argumentos serão analisados pelo órgão julgador, bem assim o de ser ouvido também em matéria jurídica”. (RE 527814 AgR, Relator(a): Min. Eros Grau, julgado em 05/08/2008). Com conteúdo praticamente idêntico, RE 492783 AgR, Relator(a): Min. Eros Grau, julgado em 03/06/2008.

Em sentido similar: “Direito de defesa ampliado com a Constituição de 1988. Âmbito de proteção que contempla todos os processos, judiciais ou administrativos, e não se resume a um simples direito de manifestação no processo. 4. Direito constitucional comparado. Pretensão à tutela jurídica que envolve não só o direito de manifestação e de informação, mas também o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão julgador. 5. Os princípios do contraditório e da ampla defesa, assegurados pela Constituição, aplicam-se a todos os procedimentos administrativos. 6. O exercício pleno do contraditório não se limita à garantia de alegação oportuna e eficaz a respeito de fatos, mas implica a possibilidade de ser ouvido também em matéria jurídica” (AI 481015, Relator(a): Min. Gilmar Mender, julgado em 01/02/2005)

aqueles que, sem terem iniciado o processo, têm direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão”<sup>162</sup>.

A doutrina brasileira se refere ao direito de participar do processo no contexto do princípio do contraditório, tendendo a considerá-lo, na linha do pensamento italiano, o princípio geral do processo, do qual os demais princípios seriam decorrentes<sup>163</sup>. É comum que se aluda a uma visão tradicional de contraditório, que pressupunha apenas o direito de falar no processo, mesmo que essa participação fosse insignificante para o resultado da demanda. Mais modernamente, o contraditório passa a ser visto como direito de influência, capaz de estimular outro sujeito processual a atuar de maneira diversa, em um contexto de debates pluralistas.<sup>164</sup> Não se trata, portanto, apenas de contradizer o que foi exposto pelo adversário, mas de participar em todos os momentos significativos da construção da decisão. Ao mesmo tempo, valoriza-se o papel do juiz tanto na busca dos elementos de prova para a construção da decisão, quanto para equilibrar as desproporções de forças entre as partes<sup>165</sup>. Como afirma Marinoni<sup>166</sup>, a igualdade entre as partes não se restringe à igualdade de oportunidades de fala, demandando a garantia de igualdade substancial, com atenção inclusive para fatores extraprocessuais, como equidade técnica e econômica<sup>167</sup>. Não basta a simples oportunidade de contradizer, mas o direito de participar de todo o processo, para influir no seu resultado final, de modo significativo, não apenas como cumprimento de uma formalidade<sup>168</sup>. Esse

<sup>162</sup> MS 23.550/DF, rel. Min. Marco Aurélio, DJ 31.10.2001.

<sup>163</sup> “Il principio del contraddittorio infatti è l'espressione stessa del giudizio civile” DOTTI, Frederica. *Diritti della difesa e contraddittorio*: garanzia di un giusto processo: spunti per una riflessione comparata del processo canonico e statale. Roma: Editrice Pontificia Università Gregoriana, 2005, p. 119.

<sup>164</sup> CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 120.

<sup>165</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A garantia do contraditório. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (coord.). *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 132-150.

<sup>166</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 147, afirmando que “o princípio do contraditório, na atualidade, deve ser desenhado com base no princípio da igualdade substancial, já que não pode se desligar das diferenças sociais e econômicas que impedem a todos de participar efetivamente do processo”.

<sup>167</sup> CALAMANDREI, Piero. *Processo e democrazia*. Padova: CEDAM, 1954.

<sup>168</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Princípio do contraditório: tendências de mudança da sua aplicação. In: *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, vol. 28, 2009, p. 177-206, afirmam: “não se pode mais na atualidade, acreditar que o contraditório se

entendimento acadêmico encontra eco no renovado art. 111 da Constituição italiana, um dos textos mais eloquente na garantia do direito a um processo justo, o qual inclui o contraditório entre as partes em condições de igualdade, perante um juiz imparcial, durante um prazo razoável<sup>169</sup>. Nesse quadro, o direito de participação passa a incluir diversos deveres processuais que o adjetivam, tanto para as partes, quanto para o juiz. É possível elencar o dever de participar de modo leal, de cooperar na busca da verdade e na produção das provas, bem como na rápida solução do litígio<sup>170</sup>. O contraditório é uma atividade conjunta das partes e do juiz, na busca de uma possível verdade<sup>171</sup>. Trata-se, como diz Renzo Cavani, de um “contraditório em sentido forte”, promovendo, ao mesmo tempo, a democracia participativa e a busca da solução justa para o processo<sup>172</sup>.

Todos esses elementos que compõem a noção contemporânea de contraditório, advogados pela doutrina nacional e estrangeira, e albergados pela jurisprudência, demonstram que melhor seria aludir a um direito de participação no processo. A literalidade da palavra “contraditório” se tornou pequena para abarcar o que a garantia hoje representa. O conteúdo do princípio, tal como atualmente delimitado, pouco se relaciona com o sentido linguístico da palavra. Os autores, no intuito de conservar uma locução tradicional, perverteram seu significado. Aludir ao contraditório como garantia máxima do processo não sinaliza a compreensão que se pretende estabelecer, uma vez que, mais importante que contradizer é a oportunidade de participar da construção de uma decisão justa, em conjunto com os demais atores processuais. Por essa razão, ao invés de pretender estender a expressão “contraditório” para abarcar toda a realidade do processo, melhor seria, como nos Estados Unidos, se referir, em caráter geral, ao devido processo legal, como garantia matriz do processo, cujo cerne é o direito de participação significativa,

---

circunscreva ao dizer e contradizer formal entre as partes, sem que isso gere uma efetiva ressonância (contribuição) para a fundamentação do provimento” (p. 179).

<sup>169</sup> Art. 111. La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge.

Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata.

<sup>170</sup> MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*: pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

<sup>171</sup> TROCKER, Nicolo. Il nuovo articolo 111 della costituzione e il “giusto processo” in materia civile: profili generali. In: *Rivista trimestrale di procedura civile*, 2001, p. 381-410.

<sup>172</sup> CAVANI, Renzo. Contra as “nulidades-surpresa”: o direito fundamental ao contraditório diante da nulidade processual. In: *Revista de Processo*, vol. 218, 2013, p. 65-74.

inclusive, mas não necessariamente, em contraditório. Isso daria às expressões um sentido mais aderente à linguagem corrente<sup>173</sup>. Participação, portanto, e não contraditório, é o cerne do devido processo legal.

### 3.6.3 O direito de ser cientificado do processo

Se alguém tem direito de participar do processo, é necessário que tenha ciência de sua existência, de modo que é possível decompor o conceito de participação em duas expressões, muito utilizadas pela jurisprudência nos Estados Unidos: *notice and hearing*, ou seja, o direito de ser cientificado da existência do processo e o direito de ser ouvido antes da sua decisão, influenciando, portanto, no convencimento do julgador<sup>174</sup>.

De fato, por muito que a Suprema Corte dos Estados Unidos tenha ressaltado, especialmente nas palavras do juiz Frankfurter, que devido processo legal é um conceito aberto, que não pode ser apreendido em uma fórmula acabada, já na metade do século passado era possível afirmar que o elemento fundamental do devido processo é o direito de ser ouvido, de participar do processo<sup>175</sup>. Essa oitiva deve ocorrer após a prévia ciência dos fatos que concernem ao interessado e ocorrer “em um momento e de forma significativos”<sup>176</sup>, ou seja, não se trata de mero requisito pró-forma.

---

<sup>173</sup> O projeto de novo Código de Processo Civil, Projeto de Lei 166, de 2010, em uma de suas versões iniciais, ia no sentido do texto, pois, antes de fazer qualquer referência ao contraditório, dispunha, em seu art. 5º, que “As partes têm direito de participar ativamente do processo, cooperando entre si e com o juiz e fornecendo-lhe subsídios para que profira decisões, realize atos executivos ou determine a prática de medidas de urgência”. O artigo acabou tendo outra redação na versão final, constando no art. 7º que “É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório”.

<sup>174</sup> Sobre o requisito de ser citado, a jurisprudência brasileira é firme no sentido de que esse direito é pessoal, invalidando a citação por edital, por exemplo, em casos em que o réu comprova ter endereço conhecido. Ver, no Superior Tribunal de Justiça, SEC 7171, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 20.11.2013.

<sup>175</sup> Em *Grannis v. Ordean*, 234 U.S. 385 (1914), o juiz Pitney afirmou: “the fundamental requisite of due process of law is the opportunity to be heard”. Apesar da data, esse caso foi citado pelo voto da maioria em *Goldberg* e sucessivamente repetido na jurisprudência da Suprema Corte daí por diante.

<sup>176</sup> *Armstrong v. Manzo*, 380 U.S. 545 (1965).

A Suprema Corte analisou com vagar o direito de ser cientificado da existência do processo como pressuposto de participação em *Mullane v. Central Hanover Bank & Trust Co.*,<sup>177</sup> que continua, depois de cinquenta anos, a ser o precedente mais relevante nessa matéria<sup>178</sup>. O caso tratava da necessidade do Central Hanover Bank, gestor de um macrofundo de investimentos, que agrupava outros fundos menores, notificar os investidores interessados a respeito de um acordo judicial celebrado<sup>179</sup>. As normas do Estado de Nova York, naquele momento, previam que a notificação, na hipótese, poderia ser feita apenas por uma publicação semanal em jornal, a ser escolhido pelo juízo no qual o acordo foi firmado, durante quatro semanas consecutivas. Não havia sequer necessidade de que os nomes de todos os possíveis interessados constassem dessa publicação. Foi, além disso, nomeado um curador (Kenneth Mullane) para resguardar os interesses dos ausentes. Esse curador apresentou recurso, alegando que a forma como os ausentes foram notificados era insuficiente para garantir o devido processo legal. Embora tenha tido seus argumentos rejeitados em todas as instâncias inferiores, Mullane levou o caso à Suprema Corte que, por maioria, entendeu deficiente a notificação. Para a posição prevalente, a notificação por publicação só é aceitável para as pessoas cujos endereços são desconhecidos. Aqueles que são conhecidos ou “facilmente identificáveis” deveriam ser notificados por carta.

Para o juiz Jackson, ainda que possa haver controvérsias sobre o significado do devido processo legal, ele exige, pelo menos, que o interessado seja cientificado e tenha oportunidade de ser ouvido.<sup>180</sup> Obviamente, o direito de ser ouvido é vazio se não houver direito a ser cientificado dos fatos<sup>181</sup>. Ainda que a Corte não tivesse, nesse momento, um precedente que pudesse servir como regra geral para definição da extensão do direito de ser notificado, Jackson estabeleceu parâmetros: a

---

<sup>177</sup> 339 U.S. 306 (1950).

<sup>178</sup> WASSERMAN, Rhonda. *Procedural due process: a reference guide to the United States Constitution*. Westport: Praeger Publishers, 2004, p. 131.

<sup>179</sup> Não é muito simples descrever o contexto fático de *Mullane* porque o caso versa sobre o papel exercido por um *corporate fiduciary* na gestão de um conjunto de pequenos *trusts*. Essas figuras não têm equivalentes exatos no direito brasileiro.

<sup>180</sup> “Many controversies have raged about the cryptic and abstract words of the Due Process Clause, but there can be no doubt that, at a minimum, they require that deprivation of life, liberty or property by adjudication be preceded by notice and opportunity for hearing appropriate to the nature of the case”.

<sup>181</sup> “This right to be heard has little reality or worth unless one is informed that the matter is pending and can choose for himself whether to appear or default, acquiesce or contest”.

notificação não pode ser uma simples formalidade, mas uma real tentativa de informar aos interessados sobre a situação litigiosa. Uma publicação em jornal apenas por acidente cumpriria essa finalidade, uma vez que mesmo um residente local dificilmente teria sua atenção dirigida para esse tipo de anúncio. A forma adotada para notificar deve ser razoavelmente calculada para atingir o público destinatário e deve conceder-lhe prazo suficiente para apresentar suas objeções. Assim, “um grande cuidado deve ser tomado para não deixar que a ficção negue o jogo justo que só pode ser assegurado por uma firme adesão à realidade”<sup>182</sup>.

Esse entendimento foi reiterado em *Walker v. City of Hutchinson*<sup>183</sup>, que tratava de uma norma do estado do Kansas que permitia que, em procedimentos de desapropriação, os proprietários fossem notificados por publicação. A Suprema Corte reputou essa conduta inconstitucional, reiterando que, se não houver uma justificativa plausível, os interessados têm direito de ser cientificados pessoalmente de situações que afetem seus interesses<sup>184</sup>. Decisão e contexto similares se verificam em *Schroeder v. City of New York*<sup>185</sup>, em que a Corte também considerou insuficiente a afixação de notificações em postes na região desapropriada. Mais adiante, em 1982, a Corte esclareceu que mesmo a afixação de notificações na propriedade do interessado são insuficientes para atender a cláusula do devido processo, porque não são “uma forma confiável de dar ciência às partes interessadas do fato de que seus direitos estão perante as cortes”.<sup>186</sup>

Uma dificuldade a mais está na definição do conceito de partes “facilmente identificáveis”. A Corte não estabeleceu um conceito fixo, mas foi bastante rigorosa no sentido de que a notificação pessoal somente seria dispensável se for demonstrado que ela é extremamente onerosa ou mesmo impraticável<sup>187</sup>. Em casos relativos a procedimentos governamentais envolvendo pessoas presas, não foi

<sup>182</sup> A citação, feita por Jackson, é de *McDonald v. Mabee*, 243 U.S. 90 (1917).

<sup>183</sup> 352 U.S. 112 (1956).

<sup>184</sup> “Since there was no reason in this case why direct notice could not be given, newspaper, publication alone did not measure up to the quality of notice the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment requires as a prerequisite to proceedings to fix compensation in condemnation cases”.

<sup>185</sup> 371 U.S. 208 (1962). Notificação pessoal não quer dizer necessariamente entrega em mãos, sendo suficiente a remessa por via postal, a cada um dos interessados.

<sup>186</sup> *Greene v. Lindsey*, 456 U.S. 444 (1982).

<sup>187</sup> *Mennonite Bd. of Missions v. Adams*, 462 U.S. 791 (1983) e *Tulsa Prof. Collection Svcs. v. Pope*, 485 U.S. 478 (1988).

aceita a remessa de correspondência para o endereço residencial, uma vez que uma diligência razoável teria permitido que o Estado descobrisse a real localização do interessado<sup>188</sup>. Mais recentemente, o caso *Dusenbery v. United States* resolveu uma dúvida que já durava décadas, esclarecendo que a notificação tem que ser “razoavelmente calculada” para atingir o destinatário, mas não há obrigatoriedade constitucional de que ela efetivamente cumpra essa finalidade<sup>189</sup>.

Esse amálgama entre direito de ser notificado e direito de ser ouvido foi muito trabalhado pela Suprema Corte na década de 1970. Em *Arnett v. Kennedy*<sup>190</sup>, a Corte analisou a regularidade dos direitos processuais assegurados a um servidor público demitido<sup>191</sup>. Já em *Mitchell v. W.T. Grant Co.*<sup>192</sup> e, posteriormente, em *North Georgia Finishing Inc. v. Di-Chem Inc.*<sup>193</sup>, tratou desses requisitos em procedimentos de retomada de bens em decorrência de inadimplemento<sup>194</sup>. A Corte também julgou uma série de casos relacionados aos requisitos do devido processo para a interrupção de serviços públicos<sup>195</sup>, a suspensão de carteira de habilitação para dirigir<sup>196</sup>, e a privação da guarda de menores<sup>197</sup>. Atualmente, consta do código de conduta dos juízes dos Estados Unidos que “um juiz deve assegurar a toda pessoa que tem interesse em um processo e ao advogado dessa pessoa, amplo direito de ser ouvido, de acordo com a lei”<sup>198</sup>.

<sup>188</sup> *Robinson v. Hanrahan*, 409 U.S. 38 (1972).

<sup>189</sup> *Dusenbery v. United States*, 534 U.S. 161 (2002): “Contrary to petitioner’s argument, *Mennonite Bd. of Missions v. Adams*, 462 U. S. 791, 796-797, says that a State must attempt to provide actual notice, not that it must provide actual notice”.

<sup>190</sup> 416 U.S. 134 (1974).

<sup>191</sup> Ver também *Board of Regents of State Colleges v. Roth*, 408 U.S. 564 (1972).

<sup>192</sup> 416 US 600 (1974).

<sup>193</sup> 419 US 601 (1975).

<sup>194</sup> Ver também *Fuentes v. Shevin*, 407 U.S. 67 (1972).

<sup>195</sup> NOTE. Fourteenth Amendment Due Process in Terminations of Utility Services for Nonpayment. In: *Harvard Law Review*, vol. 86, 1973, p. 1477.

<sup>196</sup> *Bell v. Burson*, 402 U.S. 535 (1971).

<sup>197</sup> *Stanley v. Illinois*, 405 U.S. 645 (1972). Um bom resumo de outros casos desse período está disponível em FEEHERRY, Anthony; ZUCKERMAN, Philip. Procedural due process-the prior hearing rule and the demise of ex parte remedies. In: *Boston University Law Review*, vol. 53, 1973, p. 41-69.

<sup>198</sup> “A judge should accord to every person who has a legal interest in a proceeding, and that person’s lawyer, the full right to be heard according to law”. In: Code of conduct for United States judges. Canon 3, (A), (4). Disponível em <<http://www.uscourts.gov/RulesAndPolicies/CodesOfConduct/CodeConductUnitedStatesJudges.aspx>>.



### 3.7 Participação, ações coletivas e pan-processualismo

Conforme demonstrado, embora possa haver grande desacordo sobre o modo de se formular as garantias que compõem o devido processo legal, bem como sobre o que elas efetivamente significam, há considerável concordância sobre quais são os pontos cruciais para a definição de um processo devido: seus pilares são a ciência das partes acerca do processo que pode afetar seus interesses, seguindo-se o direito de que sejam ouvidas antes da decisão, sua plena participação durante todas as fases do processo e a decisão pública e fundamentada de um juiz imparcial.

Todavia, o vigor com o qual o direito à participação no processo foi afirmado, conforme se demonstrou acima, deveria causar estranheza em um mundo que vive o fenômeno que Deborah Hensler denominou “globalização das ações coletivas”<sup>199</sup>. Quase todos os países ocidentais e os principais países orientais já adotaram ou estão adotando alguma forma de demanda coletiva de índole não participativa, ou, pelo menos, altamente restritiva da participação dos titulares dos direitos materiais litigiosos. Para exemplificar com o modelo norte-americano, soa paradoxal, à primeira vista, que a mesma Suprema Corte que afirma que não existe devido processo legal sem participação aceite que, em ações coletivas, os direitos de pessoas sejam atingidos pelo resultado de um processo no qual elas próprias não tiveram oportunidade de ser ouvidas.

A justificativa mais recorrente para essa contradição é a de que o processo civil moderno foi talhado sob a ótica do individualismo e, por isso, não dá conta das demandas da sociedade moderna<sup>200</sup>. Assim, haveria necessidade de uma “onda renovatória” do acesso à justiça, que varresse esse individualismo e permitisse que os novos direitos fossem tutelados<sup>201</sup>. A justificativa para essa mudança radical de

---

<sup>199</sup> HENSLER, Deborah. The Globalization of Class Actions: An Overview. In: *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, vol. 622, 2009, p. 7-29.

<sup>200</sup> Ver, por todos, BENJAMIN, Antônio Herman V. A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico: apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. In: MILARÉ, Édis (coord.). *Ação civil pública – Lei 7.347/85: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

<sup>201</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

compreensão não é uma releitura do direito de participação, mas uma necessidade puramente pragmática. Isso é expressamente reconhecido por Cappelletti e Garth<sup>202</sup>:

Uma vez que nem todos os titulares de um direito difuso podem comparecer em juízo – por exemplo, todos os interessados na manutenção da qualidade do ar, numa determinada região – é preciso que haja um “representante adequado” para agir em benefício da coletividade, mesmo que os membros dela não sejam citados individualmente. Da mesma forma, para ser efetiva, a decisão deve obrigar a todos os membros do grupo, ainda que nem todos tenham tido a oportunidade de ser ouvidos. Dessa maneira, outra noção tradicional, a da coisa julgada, precisa ser modificada, de modo a permitir a proteção judicial efetiva dos interesses difusos.

Por mais verdadeira que pareça, essa ideia é capaz de explicar o aparecimento das ações coletivas, mas não de justificá-las. Em diversos casos tratados pela Suprema Corte, por exemplo, seria certamente mais prático se o processo fosse decidido sem a participação dos interessados, ou se a notificação dos mesmos fosse feita por publicação. A necessidade de se modificar um conceito fornece uma razão, mas não uma justificativa legítima para a proposta, nem não aponta o caminho a seguir no desenho da alternativa. Reconhecer a necessidade de que existam mecanismos coletivos de solução de litígios não ajuda a identificar como esses mecanismos devem ser estruturados ou em que medida podem transigir com os direitos que se considera fundamentais, pelo menos no âmbito do processo individual<sup>203</sup>.

Entretanto, antes de ingressar nesse tópico propriamente dito, é preciso esclarecer que o *locus* da dificuldade na definição das garantias processuais é a relação entre o processo coletivo e os titulares do direito, que dele estão ausentes. No âmbito da relação entre autor coletivo e réu, a aplicação das garantias do processo se desenvolve sem grandes alterações em relação a um processo individual. O réu tem direito de ter conhecimento da ação (citação) e, no caso brasileiro, de ser assistido por advogado. Tanto o autor quanto o réu têm direito de produzir provas, acessar as provas da parte contrária, produzir contraprovas e obter uma sentença

---

<sup>202</sup> Idem, p. 50.

<sup>203</sup> Afirmam KALVEN JR., Harry; ROSENFELD, Maurice. The contemporary function of the class suit. In: *The University of Chicago Law Review*, vol. vol. 8, 1940, p. 688: “What is needed, then, is something over and above the possibility of joinder. There must be some affirmative technique for bringing everyone into the case and for making recovery available to all”.

fundamentada e pública, prolatada por um juiz imparcial, a qual estará, via de regra, submetida a recurso<sup>204</sup>.

Isso significa que, da perspectiva endoprocessual, não há grandes diferenças entre o devido processo legal individual e o devido processo legal coletivo. Desconsideradas as relações que o autor coletivo mantém com a sociedade substituída, não há muitas “adaptações” do devido processo legal individual para a demanda coletiva. Há, certamente, regras diferentes, mas elas pouco se referem ao cerne da garantia de participação. Em uma demanda em que o Ministério Público exige de um fabricante reparação aos consumidores em razão de conteúdo a menor do produto vendido, as garantias que são elementos do devido processo legal serão aplicada de forma muito similar à que teriam em um processo individual.

Logo, a exata compreensão do problema exige que se adote uma perspectiva pan-processualista, compreendendo o alcance das garantias processuais para além da relação endoprocessual existente entre autor e réu. Sérgio Cruz Arenhart explica que, sob a ótica pan-processualista, o serviço público “justiça” deve ser compreendido e avaliado tanto da perspectiva processual, quanto sob a ótica legislativa, estrutural e cultural<sup>205</sup>. Por essa razão, o arcabouço normativo dedicado ao processo deve ser suficiente para a realização das garantias constitucionais que o cercam, como a garantia da efetividade da tutela, da duração razoável, dentre outras. A estrutura de recursos humanos e materiais também deve ser suficiente para que o serviço público seja desempenhado da forma como determinam as leis. Finalmente, também devem compor a análise, na perspectiva pan-processual, os aspectos econômicos e culturais da sociedade e dos operadores do direito<sup>206</sup>.

Logo, a proposta do pan-processualismo é trazer para a consideração do processo civil aspectos que, usualmente, não são por ele estudados, em virtude de constituírem elementos externos ao processo, mas que influenciam e condicionam seu desenvolvimento. Esses elementos devem servir de guia para que se atribua a

---

<sup>204</sup> Ainda que se questione o que exatamente essa imparcialidade significa para o comportamento do juiz. Essa questão será abordada na sequência do trabalho.

<sup>205</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais*: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 35-36.

<sup>206</sup> Idem, p. 37.

cada processo uma quantidade de recursos compatível com a importância da causa e, especialmente, com a necessidade de reservar recursos em igual medida para todos os demais casos idênticos<sup>207</sup>. Justiça não é algo que se faça apenas entre as partes, em situação alguma, uma vez que o Poder Judiciário é um serviço público. Os recursos alocados em um processo são retirados de outros, de modo que essa alocação deve ser direcionada por análises de proporcionalidade, que partem do processo para a estrutura jurisdicional como um todo, a cultura e o arcabouço legal que a cercam<sup>208</sup>.

A aceção de pan-processualismo que aqui se apresenta é um pouco distinta<sup>209</sup>, mas segue a mesma lógica: é preciso levar em conta, no estudo do processo coletivo, as relações existentes entre a classe substituída e o autor coletivo, bem como entre os membros da classe, ainda que essas relações sejam externas ao processo. Elas constituem – e devem constituir – elementos condicionantes do processo coletivo. Como afirma Remo Caponi<sup>210</sup>, e já foi demonstrado no capítulo anterior, a atribuição de legitimidade ativa coletiva a um ente intermediário ou exponencial não significa que ele seja o titular do direito. Assim, se não se pretende avançar na direção de uma teoria de direitos subjetivos sem sujeitos, nem, acrescente-se ao pensamento do autor italiano, atribuir sua titularidade ao Estado,

<sup>207</sup> Afirma Remo Caponi: “Esso è efficacemente scolpito nell’art. 1 delle Rules of civil procedure inglesi (1997), laddove si spiega che trattare una causa secondo giustizia include, per quanto sia praticabile, tra l’altro: «attribuire ad essa una quota appropriata delle risorse del giudice, tenendo conto della necessità di riservare le risorse agli altri casi”. CAPONI, Remo. *Il principio di proporzionalità nella giustizia civile*: risvolti in tema «class action». Disponível em <[www.academia.edu/remocaponi](http://www.academia.edu/remocaponi)>. Acesso em 9.9.2014. Ver também CAPONI, Remo. *Il principio di proporzionalità nella giustizia civile*: prime note sistematiche. Disponível em <[www.academia.edu/remocaponi](http://www.academia.edu/remocaponi)>. Acesso em 9.9.2014.

<sup>208</sup> Em *Beachley Property Ltd v. Edgar* [1997] PNLR 197, A Court of Appeal of England and Wales, por intermédio do Lord Harry Woolf afirmou que “It is no use the party coming forward and saying, “The evidence will help our case”. If this is the position, the rule may as well not exist. You have to consider the position not only from the plaintiff’s point of view, but also from the point of view of the defendant, and with a view to doing justice between other litigants as well”. Lor Harry Woolf foi *chief justice* da Court of Appeals entre 2000 e 2005.

<sup>209</sup> Há, em verdade, variadas utilizações da expressão “pan-processual” na doutrina jurídica, sempre como referência a efeitos ou elementos processuais que se refletem fora do processo. Assim, por exemplo, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero se referem à eficácia pan-processual da repercussão geral no recurso extraordinário (MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008) e Alexandre Macedo alude à eficácia preclusiva pan-processual da sentença penal no âmbito civil (MACEDO, Alexander dos Santos. *Da Eficácia Preclusiva Pan-processual dos Efeitos Cíveis da Sentença Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1989).

<sup>210</sup> CAPONI, Remo. Tutela collettiva: interessi proteti e modelli processuale. In: BELLELLI, Alessandra (org.). *Dall’azione inibitoria all’azione risarcitoria collettiva*. Padova: CEDAM, 2009, p. 129-142.

não resta outra alternativa a não ser compreender que eles pertencem à sociedade (Caponi utiliza o termo coletividade). Como “sociedade” é um conceito que demanda apreciação sociológica, parece também não haver outra alternativa a não ser adotar as categorias sociológicas, já trabalhadas no capítulo anterior, que atribuem a titularidade dos direitos transindividuais a acepções distintas de sociedade, de acordo com a peculiaridade das lesões a serem tuteladas. Tudo isso é relevante para o processo, quando se adota uma perspectiva pan-processualista.

Com esse raciocínio, é indubitável que a não participação do titular do direito no processo é um problema processual. Se, como se demonstrou acima, é verdadeira a noção de que o direito de ser ouvido antes de ser atingido por uma decisão estatal é o princípio de maior alcance da justiça natural, ou do devido processo legal, ou do processo justo (*fair procedure*)<sup>211</sup>, a adoção de uma perspectiva pan-processual coloca a ideia de substituir esse valor pela representação em uma posição de considerável tensão com os conceitos fundamentais do processo. Assim, a proposta que se apresenta é revisitar o conceito de participação no processo, entendendo seu verdadeiro alcance, para, a partir daí, estabelecer condições de possibilidade de um sistema processual representativo, que não signifique apenas o abandono de uma garantia cujo pedigree histórico e a posição de centralidade teórica recomendam que não seja meramente descartada, ainda que em nome de propósitos pragmáticos valiosos.

### 3.8 Para que serve a participação no processo?

É predominante a conclusão, a partir do que foi analisado, de que ser notificado da pendência de um processo que interfira em seus interesses e ter a possibilidade de ser ouvido constituem a essência do devido processo legal<sup>212</sup>. Como diz a Suprema

---

<sup>211</sup> WADE, H. W. R. & FORSYTH, C. F. *Administrative Law*. 10th Edition. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 402.

<sup>212</sup> Não se pode presumir que essa conclusão seja incontroversa. Para Martin Redish e Lawrence Marshall, o valor mais importante do devido processo legal é a imparcialidade do julgador. Nenhuma decisão poderia ser reputada em acordo com o devido processo legal se não for proferida por um julgador sem a mais ínfima tendência favorável a uma das partes. Essa posição não é abordada aqui

Corte dos Estados Unidos, “por mais de um século, o significado central do devido processo é claro: aqueles cujos direitos serão afetados têm o direito de ser ouvidos e, para tanto, devem ser notificadas”<sup>213</sup>. Mas, por que? Que papel cumpre a participação no processo para que seja tão valorizada? Teria razão a Suprema Corte, ao afirmar que uma decisão substancialmente adequada é indevida se desrespeitar o direito de participação no processo e, ao contrário, uma norma substancialmente reprovável pode ser considerada adequada se for aplicada de modo processualmente adequado? É certo que o direito de ser ouvido está introjetado culturalmente na humanidade desde muito antes da própria elaboração da fórmula do devido processo legal<sup>214</sup>, mas isso não diz muito sobre o papel que ele cumpre no processo.

Stephen Subrin e Richard Dykstra<sup>215</sup> observam que, embora as cortes sejam eloquentes em garantir esse direito, elas dificilmente abordam as razões de sua importância. Uma dessas raras situações em que a discussão ocorreu foi no já mencionado caso *Joint Anti-Fascist Refugee Committee v. McGrath*<sup>216</sup>, no qual o juiz Frankfurter sugere dois fundamentos para a importância da participação dos interessados no processo: não existe melhor instrumento para se chegar à verdade, nem para se gerar o sentimento de que a justiça foi feita, que é tão importante em um governo democrático. Assim, a primeira finalidade desses elementos seria processual. Por intermédio da produção de provas e da análise das provas produzidas pelo adversário, em contraditório, se assegura que o julgador tenha um quadro mais acurado da realidade e, com isso, condições para produzir uma decisão

---

porque não é relevante para a discussão do processo coletivo. REDISH, Martin H.; MARSHALL, Lawrence C. Adjudicatory Independence and the Values of Procedural Due Process. In: *Yale Law Journal*, vol. 95, n. 3, 1986, p. 455-505.

<sup>213</sup> Voto do juiz Stewart em *Fuentes v. Shevin*, 407 U.S. 67 (1972): “For more than a century, the central meaning of procedural due process has been clear: “Parties whose rights are to be affected are entitled to be heard; and in order that they may enjoy that right, they must first be notified.” Baldwin v. Hale, 1 Wall. 223, 68 U. S. 233. See Windsor v. McVeigh, 93 U. S. 274; Hovey v. Elliott, 167 U. S. 409; Grannis v. Ordean, 234 U. S. 385. It is equally fundamental that the right to notice and an opportunity to be heard “must be granted at a meaningful time and in a meaningful manner.” Armstrong v. Manzo, 380 U. S. 545, 380 U. S. 552”.

<sup>214</sup> WADE, H. W. R. & FORSYTH, C. F. *Administrative Law*. 10th Edition. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 403.

<sup>215</sup> SUBRIN, Stephen; DYKSTRA, Richard. Notice and the right to be heard: the significance of old friends. In: *Harvard Civil Rights: Civil Liberties Law Review*, vol. 9, 1974, p. 449-480.

<sup>216</sup> 341 U.S. 123 (1951).

melhor<sup>217</sup>. O segundo fim é extraprocessual. A participação acarreta na sociedade e nos envolvidos diretamente no processo o sentimento de que a justiça foi feita. Ao participar do processo, a parte derrotada se torna mais suscetível de aceitar seu resultado adverso, o que contribui para a pacificação social, legitimando o resultado do processo perante o grupo<sup>218</sup>.

A participação ainda contribui para a redução da violência inerente ao processo. Como recorda Remo Entelman, ao contrário do que se costuma imaginar, o processo é uma forma violenta de solução de conflitos, já que pressupõe a ameaça de imposição compulsória da decisão<sup>219</sup>. Ao convocar os litigantes e ouvi-los, o sistema os trata com dignidade, os valoriza e dá a sensação de que eles controlam, pelo menos em certa medida, o seus próprios destinos. É por isso que, mesmo em sistemas totalitários, em que o Estado é uma força acima da lei, capaz de alterar as relações sociais por mero capricho<sup>220</sup>, é comum que a participação no processo continue existindo em uma série de questões<sup>221</sup>.

Logo, além de possibilitar o acesso do julgador às informações reputadas relevantes pelas partes, a participação exerceria função de legitimação do processo e da decisão. Luiz Guilherme Marinoni explica que há duas posições relativamente a essa pretensão de legitimação do processo. Há quem entenda que buscar legitimação é inútil, uma vez que não há objetividade em questões normativas. Por outro lado, defende-se que é possível e desejável buscar legitimidade para o processo. Nesse caso, “sem a efetiva participação das partes e a adequada atuação do juiz nos

---

<sup>217</sup> Em *Fuentes v. Shevin*, 407 U.S. 67 (1972) essa finalidade foi ressaltada: “The requirement of notice and an opportunity to be heard raises no impenetrable barrier to the taking of a person's possessions. But the fair process of decisionmaking that it guarantees works, by itself, to protect against arbitrary deprivation of property. For when a person has an opportunity to speak up in his own defense, and when the State must listen to what he has to say, substantively unfair and simply mistaken deprivations of property interests can be prevented. It has long been recognized that “fairness can rarely be obtained by secret, one-sided determination of facts decisive of rights. [And n]o better instrument has been devised for arriving at truth than to give a person in jeopardy of serious loss notice of the case against him and opportunity to meet it.”

<sup>218</sup> SUBRIN, Stephen; DYKSTRA, Richard. Notice and the right to be heard: the significance of old friends. In: *Harvard Civil Rights: Civil Liberties Law Review*, vol. 9, 1974, p. 455.

<sup>219</sup> ENTELMAN. Remo F. *Teoría de conflictos: hacia un nuevo paradigma*. Barcelona: Gedisa, 2005, p. 60.

<sup>220</sup> ARENDT, Hannah. *As origens do totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

<sup>221</sup> SUBRIN, Stephen; DYKSTRA, Richard, op. cit., p. 457.

vários momentos do procedimento probatório, não há como pensar em legitimação pela participação e, por consequência, em legitimidade da decisão”<sup>222</sup>.

Parte considerável da doutrina brasileira entende que a participação no processo constitui um elemento ou consequência do modelo político da democracia. Como o cidadão tem direito de participar da formação da vontade do Estado na esfera executiva e na esfera legislativa, também tem esse direito perante o Judiciário<sup>223</sup>. Há uma crescente conscientização de que o processo é tão sujeito a influências ideológicas quanto o direito material<sup>224</sup>. Por essa razão, Antonio do Passo Cabral sustenta que a inserção do processo em uma democracia deliberativa demanda sua compreensão como uma comunidade comunicativa, que permite a interação constante e recíproca dos sujeitos, o que lhes atribui “a garantia cidadã de participar da decisão estatal”<sup>225</sup>. A participação é valorizada como reflexo da democracia, legitimando a decisão<sup>226</sup>. No mesmo sentido, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira acrescenta que a participação “já não pode ser visualizada apenas como instrumento funcional de democratização ou realizadora do direito material e processual, mas como dimensão intrinsecamente complementadora e integradora dessas mesmas esferas”<sup>227</sup>.

Conforme se observa, as justificativas para a participação não são unívocas. De um lado estão os autores que, como Carnelutti, consideram a participação como um

---

<sup>222</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 467. Observe-se que Marinoni considera que a participação deve ser aliada ao dever do juiz de dar significado aos direitos fundamentais, sendo, sozinha, insuficiente para conferir legitimidade à decisão. Essa questão será tratada em capítulo subsequente.

<sup>223</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 36. afirma: “todo processo há de ser feito em contraditório, respeitada a igualdade entre as partes perante o juiz natural e observadas as garantias inerentes à cláusula due process of law. O processualista moderno adquiriu a consciência de que, como instrumento a serviço da ordem constitucional, o processo precisa refletir as bases do regime democrático, nela proclamados; ele é, por assim dizer, o microcosmos democrático do Estado-de-direito, com as conotações da liberdade, igualdade e participação (contraditório), em clima de legalidade e responsabilidade.”

<sup>224</sup> No Brasil, ver SILVA, Ovídio Baptista. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. Nos Estados Unidos, ver VANDEVELD, Kenneth J. Ideology, Due Process and Civil Procedure. In: *St. John's Law Review*, vol. 67, n. 2, 1993, p. 265-326.

<sup>225</sup> CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 111.

<sup>226</sup> Idem, p. 120.

<sup>227</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p. 260-274. Citação p. 270.



meio para a obtenção de uma boa decisão e não um fim em si mesmo<sup>228</sup>. A participação, para essa concepção, tem natureza instrumental, permitindo que as partes e o juiz se auxiliem mutuamente para obter o melhor resultado processual. De outro lado, estão os que sustentam que a participação em contraditório é a própria essência do processo, sendo indevido denominar processo a algo que não contemple a participação em contraditório<sup>229</sup>. Como diria Fazzalari, processo é o procedimento que se desenvolve em contraditório<sup>230</sup>, de modo que a atividade jurisdicional é necessariamente participativa<sup>231</sup>. Humberto Theodoro Júnior arremata: o contraditório é um princípio absoluto, imposto tanto sobre as partes quanto sobre o juiz<sup>232</sup>.

Independentemente de qual seja o aspecto valorizado – e muitos autores, embora sem elaborar tal distinção, ressaltam tanto o valor intrínseco quanto o valor instrumental da participação – essas fortes posições apresentam um obstáculo considerável para a justificação de qualquer processo de índole representativa. Se a participação é essencial para que um processo seja legítimo, se torna impossível justificar um processo coletivo, do qual os verdadeiros titulares do direito material não participam, sendo apenas representados por alguns entes escolhidos pela lei. Caso se considere que a participação é instrumental, o obstáculo para a justificação de um processo representativo se reduz, mas ainda é necessário rever elementos firmemente estabelecidos na doutrina processual, dentre os quais a possibilidade de que a participação dos titulares dos direitos litigiosos seja dispensável para a

---

<sup>228</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni di diritto processuale civile*. Vol. II. Padova: CEDAM, 1933, p. 168. O autor afirma que o contraditório “è un mezzo del processo non un fine (...) perché l’attuazione della legge, attraverso una decisione giusta, può ottenersi anche senza la cooperazione delle parti”.

<sup>229</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 647.

<sup>230</sup> Se, poi, el procedimento è regolato in modo che ci partecipino anche coloro nelle cui sfera giuridica l’atto finale è destinato svolgere effetti (talché l’autore di esso debba tener conto della loro attività), e se tale partecipazione è consegnata in modo che i contrapposti “interessati” (quelli che aspirano alla emanazione dell’atto finale – “interessati” in senso stretto – e quelle che vogliono evitarla – “controinteressati”, siano sul piano de simetrica parità; allora il procedimento comprende il contraddittorio, si fa più articolato e complesso, e dal genus procedimento è consentito enucleare la species processo. FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. Padova: Cedam, 1992, p. 60.

<sup>231</sup> FRASSINETTI, Alessandra. *La notificazione nel processo civile*. Roma: Giuffrè, 2012, p. 1, afirma: “L’attività giurisdizionale, in ogni sua manifestazione, è un’attività necessariamente partecipativa”.

<sup>232</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 49 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 32, expressamente se refere ao contraditório como princípio absoluto que, ao contrário de outros princípios processuais, não admite exceção.

obtenção de um resultado processual adequado. Seria preciso mudar o centro de equilíbrio da teoria processual corrente.

Aqui o terreno começa a não parecer tão firme. Afinal, não é difícil sustentar o valor da participação em um sistema processual que é, e historicamente sempre foi, predominantemente participativo. Isso não exige grandes mudanças. Mesmo que se debata a extensão dessa participação, a necessidade de que ela seja eficiente para influenciar o convencimento do juiz, a exigência de que as partes e o juiz colaborem em busca de uma solução justa, nada disso rompe com o esquema original do processo, tal como concebido desde a antiguidade. Mas se a realidade exige – e, conforme demonstrado, não há dúvidas de que ela exige – um processo em que a participação é substituída pela representação, como será possível abandonar, sem maiores despedidas, esses valores tão fortemente defendidos?

A resposta tradicionalmente encontrada para essa objeção, que já foi exposta na apresentação do problema, é bastante simples: o processo coletivo também é participativo, eis que os titulares do direito são representados por entidades escolhidas pela lei<sup>233</sup>. A representação constituiria uma forma de participação. Já foi demonstrado que essa resposta é falsa, uma vez que não há qualquer elemento concreto no sistema processual representativo que o identifique com o sistema participativo tradicional. Contudo, ainda que fosse verdade que a representação equivale, sem maiores dificuldades, à participação, seria possível objetar que essa solução diz mais do que seus defensores estariam dispostos a aceitar. Suponha-se que, amparado por esse entendimento, o legislador optasse pela revogação do art. 10 do CPC<sup>234</sup> e extinguisse a necessidade de outorga matrimonial para demandas

---

<sup>233</sup> Sérgio Arenhart chega ao mesmo resultado exposto no texto, mas por outro argumento. Afirma que o art. 5º, XXXV, da Constituição não estabeleceu preferência para a tutela individual sobre a coletiva. Ao afirmar que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, o texto constitucional não garantiu que essa apreciação ocorreria individualmente. O argumento é perspicaz, mas dá margem aos mesmos questionamentos que serão expostos na sequência, no sentido abrir ao legislador a possibilidade de criação de hipóteses de representação em uma vasta gama de hipóteses. É possível que, a partir de suas próprias premissas, Arenhart se propusesse a resolver esse efeito colateral por uma análise de proporcionalidade. Esse critério, além de muito subjetivo, é insuficiente, na medida em que a proporcionalidade de modelos processuais representativos outros, que não as ações coletivas, parece tão ou mais sustentável à luz dessa teoria. Ver ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais*: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 44.

<sup>234</sup> Essa pretensão, mesmo que pareça uma boa ideia, não é atualmente cogitada. O art. 58 do Projeto de Lei 166, de 2010, limita o alcance do dispositivo apenas na hipótese do regime de bens ser o de separação absoluta. Esse caso, atualmente, exige outorga uxória, nos termos do entendimento

propostas por cônjuges, vinculando, entretanto, um cônjuge ao resultado da ação proposta pelo outro, ao argumento de que eles se representam reciprocamente em juízo, em casos de ações reais imobiliárias, e isso supre o direito de participação que cada um deles ostenta individualmente.

Se a representação pode tão facilmente substituir a presença pessoal em juízo, essa hipotética alteração processual deveria ser considerada constitucional, com mais facilidade que uma norma de processo coletivo. Afinal, a) o cônjuge representante tem relação íntima com o representado, o que permite pressupor que eles compartilhem opiniões acerca do litígio; b) existe entre ambos um vínculo jurídico, dado pelo casamento; c) existe perfeita identidade de interesses entre representante e representado, o que assegura que o primeiro litigará vigorosamente a demanda proposta; d) o representante será tão afetado pela decisão quanto o representado; e) haveria previsão legislativa da representação. No processo civil brasileiro atual, existe apenas previsão legislativa da representação, mas as quatro outras condições elencadas estão ausentes da relação entre legitimado coletivo e sociedade representada.

Caso o exemplo ainda não tenha causado desconforto suficiente em relação à tese de que a representação equivale à participação, ainda é possível imaginar que esse mesmo legislador estendesse a representação criada não apenas para as ações reais imobiliárias, mas para todas as ações concernentes ao patrimônio conjunto do casal. Todos os cinco fundamentos elencados permaneceriam válidos, de maneira que aquele que defendeu a representação como substituta evidente da participação também teria que abonar essa nova investida legislativa. A representação universal de um cônjuge por outro cumpriria um objetivo sistêmico louvável, que é a redução na sobrecarga de processos acumulados no Poder Judiciário, sem que se pudesse a ela opor eventuais garantias de participação, já que essa modalidade de representação é mais cercada de salvaguardas quanto à qualidade da atuação do legitimado que a admitida no processo coletivo.

Ainda é possível levar a ideia mais longe. Com essa mesma lógica, poderia o legislador permitir que as demandas ajuizadas pelos pais vinculassem os filhos menores (ainda haveria relação íntima, vínculo jurídico, identidade de interesses, impacto da decisão sobre o representante e previsão legislativa) e, abrindo mão de um vínculo jurídico mais forte, também a todas as pessoas que coabitassem em uma residência e que tivessem identidade de interesses em relação ao evento litigioso. Assim, por exemplo, se um veículo atingisse uma residência, causando danos físicos a uma pessoa, seu cônjuge, seus filhos e seus irmãos, seria possível sustentar que o legislador teria a prerrogativa de estabelecer que a ação para determinar a responsabilidade do condutor seria proposta apenas por um dos membros da família e, caso procedente, todos os demais poderiam liquidar e executar a decisão em relação a seus próprios prejuízos. Por outro lado, caso a demanda fosse julgada improcedente, todos estariam vinculados ao resultado, impedidos de litigar novamente.

Por mais absurda que pareça essa previsão, sua constitucionalidade é mais fácil de ser justificada que a existência de um processo coletivo. Os elementos que vinculam o representante ao representado, sob a ótica do sistema brasileiro, são mais fortes nesses exemplos do que no processo coletivo que efetivamente existe. Os legitimados coletivos da LACP não têm qualquer vínculo jurídico ou emocional com os titulares do direito representados, não serão atingidos pelos efeitos concretos da decisão e, ainda que se possa pressupor que têm interesse em que a demanda seja processada vigorosamente, esse interesse decorreria apenas de fatores extraprocessuais. Assim, um bom promotor de justiça pode se interessar em litigar uma ação coletiva da melhor maneira possível por consciência do dever funcional, uma associação, por consciência do dever cívico, mas nenhum deles tem estímulos racionais, vinculados ao processo, para empregar nele todos os recursos disponíveis.

Se, ainda assim, a hipótese não parecer convincente, deve-se levar em consideração que uma variação dela já foi efetivamente adotada nos Estados Unidos, por exemplo, pela Corte de Apelações do 10º Circuito. Em *Herrick v.*

Garvey<sup>235</sup>, o autor Herrick buscava obter informações relativas a uma aeronave, com base no equivalente estadunidense à Lei de Acesso à Informação (*Freedom of Information Act*). Seu pedido foi negado em 1º e 2º graus, ao argumento de que havia segredos comerciais implicados na informação solicitada. Um mês depois da decisão, um amigo de Herrick, Brent Taylor, ajuizou uma nova ação, com os mesmos argumentos, para pedir acesso ao mesmo conjunto de documentos. O tribunal, então, invocou um precedente do 8º Circuito, que formulou a teoria da “representação virtual”, segundo a qual alguém que não foi parte em um processo anterior pode ser vinculado a ele se a) houver identidade entre os interesses das partes em ambos os processos, b) esses interesses forem adequadamente representados em um primeiro processo e c) forem satisfeitas, alternativamente, uma de três condições: 1) houver relação próxima entre as partes no primeiro e no segundo processo; 2) a parte no segundo processo tiver participado substancialmente do primeiro ou 3) for verificada alguma manobra para evitar a incidência das regras de preclusão<sup>236</sup>. A ideia de preclusão virtual não se vincula a qualquer mecanismo representativo coletivo. Tanto a ação antecedente quanto a posterior são individuais e, mesmo assim, é possível determinar, por economia processual, que a segunda demanda não seja julgada<sup>237</sup>.

Com esse fundamento, o 10º Circuito decidiu que Taylor não poderia demandar novamente a informação que já havia sido solicitada por seu amigo<sup>238</sup>. Note-se que a questão não foi decidida com base no princípio do *stare decisis*, que vincularia o tribunal a resolver o mérito em conformidade com o julgado anterior, mas com base em preclusão, ou seja, em extinção sem julgamento de mérito. A ideia é que se alguém já teve oportunidade de apresentar uma demanda em juízo, não há razão

---

<sup>235</sup> 298 F. 3d 1184 (2002).

<sup>236</sup> *Tyus v. Schoemehl*, 93 F.3d 449 (1996): “Due to the equitable and fact-intensive nature of virtual representation, there is no clear test for determining the applicability of the doctrine. There are, however, several guiding principles. First, identity of interests between the two parties is necessary, though not alone sufficient. Other factors to be considered “include a close relationship between the prior and present parties; participation in the prior litigation; apparent acquiescence; and whether the present party deliberately maneuvered to avoid the effects of the first action.” Another factor to consider is adequacy of representation, which is best viewed in terms of incentive to litigate. That is, one party “adequately represents” the interests of another when the interests of the two parties are very closely aligned and the first party had a strong incentive to protect the interests of the second party”.

<sup>237</sup> *Tyus v. Schoemehl*, 93 F.3d 449 (1996): “Preclusion is rooted in concerns of judicial economy”.

<sup>238</sup> *Taylor v. Sturgell*, 490 F. 3d 965 (2007).

para se exigir que o Judiciário decida outra, substancialmente igual, apenas porque foi ajuizada por outra pessoa. É certo que o tribunal não aceitou a preclusão entre estranhos, mas se existir uma “especial relação” entre as duas partes, mesmo que seja apenas um vínculo de amizade pessoal, e não uma relação jurídica, é possível reputar existente representação virtual entre elas e, por isso, extinguir a segunda ação.

A decisão representaria uma radical alteração dos conceitos de coisa julgada e, ao final, acabou não prevalecendo. A Suprema Corte conheceu do recurso interposto e deu à doutrina da representação virtual interpretação restritiva, exigindo vínculos bem mais específicos para aceitá-la<sup>239</sup>. Mas isso não quer dizer que a ideia seja absurda. Pelo contrário, ela foi recebida com empolgação por boa parte da doutrina, que criticou a Suprema Corte, defendendo que, se acontecem, todos os dias, menos julgamentos do o número de ações ajuizadas, é preciso avançar para aplicações menos ortodoxas da preclusão<sup>240</sup>.

Assim, o problema das concepções tradicionais de participação e representação é que não há como compatibilizá-las com o ordenamento que existe. Se a participação é tão importante quanto pretendem os autores brasileiros e estadunidenses mencionados, ao ponto de estar vinculada à dignidade do cidadão e à essência do Estado Democrático, é pouco provável que um processo representativo, que se funda em vínculos tão tênues entre representante e representados, seja

---

<sup>239</sup> *Taylor v. Sturgell* 553, U.S. 880 (2008): “The theory of preclusion by “virtual representation” is disapproved. (...) The rule against nonparty preclusion is subject to exceptions, grouped for present purposes into six categories. First, “[a] person who agrees to be bound by the determination of issues in an action between others is bound in accordance with the [agreement’s] terms.” Restatement (Second) of Judgments §40. Second, nonparty preclusion may be based on a pre-existing substantive legal relationship between the person to be bound and a party to the judgment, e.g., assignee and assignor. Third, “in certain limited circumstances,” a nonparty may be bound by a judgment because she was “adequately represented by someone with the same interests who [wa]s a party” to the suit. *Richards*, 517 U. S., at 798. Fourth, a nonparty is bound by a judgment if she “assume[d] control” over the litigation in which that judgment was rendered. *Montana v. United States*, 440 U. S. 147. Fifth, a party bound by a judgment may not avoid its preclusive force by relitigating through a proxy. Preclusion is thus in order when a person who did not participate in litigation later brings suit as the designated representative or agent of a person who was a party to the prior adjudication. Sixth, a special statutory scheme otherwise consistent with due process—e.g., bankruptcy proceedings—may “expressly foreclos[e] successive litigation by nonlitigants”.

<sup>240</sup> Nesse sentido, PETRESCU, Victor. Crash and Burn: *Taylor v. Sturgell*’s Radical Redefinition of the Virtual Representation Doctrine. In: *Miami Law Review*, vol. 67, 2010, p. 735-770. O trabalho de Bone, embora anterior ao caso, também se colocaria em favor da conclusão das cortes inferiores. Cf. BONE, Robert. Rethinking the “day in court” ideal and nonparty preclusion. In: *New York Law Review*, vol. 67, n. 2, 1992, p. 193-293.

constitucional. O legislador, ao excluir os titulares do direito do processo, coloca em risco, nessa concepção, os fundamentos mais básicos da República, risco que não pode ser contrabalançado por uma representação atribuída a instituições com as quais os representados não têm qualquer vínculo e que sequer suportarão as consequências no caso de derrota.

A outra possibilidade é afirmar que a participação não é assim tão importante e que todo o discurso de garantia de dignidade, princípio absoluto do processo ou fundamento da democracia deliberativa não passaria de um excesso de linguagem doutrinário. Participação, na verdade, não significaria participação pessoal, podendo ser substituída, para utilizar uma estrutura linguística um pouco paradoxal, por uma “participação representativa”. Nesse caso, o legislador tem uma porta aberta para instituir outras diversas modalidades de litígios representativos. A dificuldade, aqui, não é explicar a constitucionalidade da LACP e de todo o microssistema de tutela coletiva, mas explicar por qual razão o legislador, em um sistema processual tão sobrecarregado, ainda não adotou outras formas de litígios representativos, mais facilmente justificáveis que o sistema implementado. Em qualquer situação em que exista uma relação social com um mínimo de identidade de interesses entre representante e representados, poderia o legislador instituir uma estrutura de litígio representativo, afinal, o “mal maior” já está feito, em razão da possibilidade de demandas coletivas nas quais esse mínimo não existe. Seria possível pensar até mesmo em uma regra geral, segundo a qual toda pessoa que pretendesse demandar um direito decorrente de um evento já apreciado judicialmente tivesse que comprovar que não mantém quaisquer relações com o autor da ação anterior, sob pena de se o considerar vinculado ao resultado pretérito.

Como se observa, é difícil entreabrir a porta. Ou se dá ao legislador autonomia demais, permitindo, de modo quase ilimitado, que pessoas sejam vinculadas aos litígios umas das outras, ou se impede que o Poder Judiciário solucione os dois mais graves desafios que lhe são apresentados na modernidade, quais sejam, a adequada gestão do acervo processual repetitivo e a tutela efetiva dos direitos transindividuais, cuja titularidade é difusa pela sociedade, de acordo com as

peculiaridades da lesão<sup>241</sup>. Se o devido processo legal se funda na participação como valor ligado ao Estado democrático, um processo que exclua qualquer possibilidade participativa deveria ser reputado inconstitucional. Se, de outro lado, é possível, sem ferir a Constituição, substituir participação por representação, ao ponto de permitir que instituições desvinculadas da situação pessoal dos indivíduos, sobre as quais estes não têm qualquer controle, os representem processualmente, será necessário aceitar a possibilidade de que o legislador institua diversas outras formas de representação processual, alterando consideravelmente o perfil do sistema processual.

### **3.9 Participação instrumental e participação essencial**

Encontrar uma convivência possível entre participação e representação demanda rever elementos de ambos os conceitos. Os autores, nacionais e estrangeiros, que escrevem sobre participação (ou contraditório) no contexto do processo individual, insistem em atribuir a ela um vigor que, se não impossibilita, dificulta sobremaneira a elaboração de uma justificativa coerente para a existência de litígios representativos. Por outro lado, aqueles que aceitam a representação como alternativa à participação, deverão contemplar a possibilidade de que o legislador institua, sem ferir a Constituição, praticamente quaisquer outras espécies de litígios representativos. Dito mais claramente: não existe qualquer vínculo entre representante e representado no microssistema de tutela coletiva brasileiro, de forma que qualquer outra hipótese de litígio representativo em que exista uma tênue relação entre esses agentes, por mais absurda que pareça, será mais facilmente justificável que a modalidade já existente.

O autor que melhor atentou para esse problema, no contexto do direito norte-americano, foi Robert Bone. Antes de expor sua análise, é preciso deixar explícito que, nos Estados Unidos, o representante é, em regra, um dos membros da classe, o que acarreta menores problemas de justificação que no caso brasileiro. Como

---

<sup>241</sup> Ver *supra*, cap. 2.



membro da classe, o representante experimentará os mesmos benefícios ou malefícios dela, de acordo com o resultado do litígio, o que lhe fornece estímulos racionais para litigar da melhor forma possível. No Brasil, as instituições eleitas por lei para a condição de legitimados ativos no processo coletivo não têm vínculo pessoal com o litígio, de modo que, do ponto de vista de seu próprio patrimônio, o resultado do mesmo é indiferente. Teoricamente, o legislador brasileiro criou uma representação processual não limitada por qualquer vínculo, subjetivo ou objetivo, entre representante e representados.

Robert Bone divide os múltiplos entendimentos sobre processo e participação em duas categorias: *outcome based approaches* e *process based approaches*<sup>242</sup>. A primeira, que será aqui denominada participação instrumental, é a que sustenta que a participação é um valor em razão e na medida em que proporciona acréscimo de qualidade ao resultado do processo. Como explica Laurence Tribe, no seu aspecto instrumental, o devido processo legal assegura que as regras de conduta definidas pela sociedade, assim como as regras de distribuição de benefícios, serão correta e consistentemente aplicadas. O processo usa a participação para implementar o Estado de Direito e será valioso ao garantir a aplicação das regras de direito material à situação posta em juízo<sup>243</sup>.

O problema inicial da participação instrumental é saber qual é o resultado a ser medido, o que dependerá de uma concepção de qual é a finalidade do processo. Há algumas décadas atrás, seria muito simples afirmar que a finalidade do processo é a obtenção da sentença, de modo que a participação é valiosa por aumentar as chances de se obter uma sentença melhor. Ainda restaria o problema de definir o que é uma sentença melhor, mas ele poderia ser pelo menos desviado com afirmações genéricas no sentido de que a sentença melhor é a que mais se aproxima da verdade dos fatos, ou a que é mais justa para o caso. Hoje, no apogeu da visão instrumental do processo<sup>244</sup>, não é mais tão simples afirmar quais são os

---

<sup>242</sup> BONE, Robert. Rethinking the "day in court" ideal and nonparty preclusion. In: *New York Law Review*, vol. 67, n. 2, 1992, p. 193-293. A visão de Bone é compartilhada por Laurence Tribe, que adota as expressões "intrinsic and instrumental values of procedural due process".

<sup>243</sup> TRIBE, Laurence. *American Constitutional Law*. 2. ed. Mineola: The Foundation Press Inc, 1988, p. 666-667.

<sup>244</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996; MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais,

fins do processo e, especialmente, como eles devem ser medidos. Caso se sustente, com corretamente o faz Marinoni<sup>245</sup>, que o julgamento de mérito só tem importância se o direito material envolvido no litígio for realizado, a participação no processo (i.e., contraditório) seria bem-vinda até o ponto em que contribua para essa realização, e não além disso. A participação no processo é um valor porque, e na medida em que, contribui para a tutela justa e efetiva do direito material violado. Ao participar, as partes colaboram na formação da verdade processual, auxiliando na delimitação da violação, o que é pressuposto para a tutela efetiva do direito material.

Essa, todavia, não é a única forma de se avaliar a qualidade do resultado de um processo. Owen Fiss, em uma de suas mais originais contribuições, afirma que um processo é avaliado a partir dos valores públicos criados pela decisão e de como eles ressoam na sociedade. Como os valores constitucionais são ambíguos e conflitantes, há necessidade de que o processo atue em sua definição. Ainda que não caiba apenas aos juízes a missão de dar significado aos valores públicos, eles não devem permanecer silentes<sup>246</sup>. Caso se adote a concepção de Fiss, a participação será valiosa na medida em que contribua instrumentalmente para a revelação desses significados.

A segunda possibilidade é a concepção essencial da participação (*process based approach*), categoria que assume que a participação é um valor processual importante em si mesmo, independentemente de sua contribuição para o resultado do processo. Lon Fuller<sup>247</sup> afirma que a adjudicação se distingue das demais formas de organização da sociedade, tais como o voto e o contrato, porque

confere à parte afetada uma forma peculiar de participação na decisão, apresentando provas e formulando argumentos para uma decisão em seu favor. O que quer que aumente o significado dessa participação, eleva a adjudicação à sua expressão ótima. O que quer que destrua o significado dessa participação, destrói a integridade da própria adjudicação.

---

2008; DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed., São Paulo: Malheiros, 2009; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o direito processual*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, dentre outros.

<sup>245</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Efetividade do Processo e Tutela de Urgência*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabriz Editor, 1994.

<sup>246</sup> FISS, Owen. The Supreme Court 1978 term: Foreword: the forms of justice. In: *Harvard Law Review*, vol. 93, n. 1, 1979, p. 1-58. Já na p. 2, o autor assevera: "Adjudication is the social process by which judges give meaning to our public values".

<sup>247</sup> FULLER, Lon L. The Forms and Limits of Adjudication. In: *Harvard Law Review*, vol. 92, 1978, p. 353-409. Citação p. 364.

A melhor decisão ou a melhor realização possível do direito material ainda seriam merecedoras de críticas se fossem obtidas sem o devido resguardo dos direitos de participação dos envolvidos. As justificativas para tanto, aponta Robert Bone, são variáveis, o que também já ficou claro pela exposição no item anterior. Há quem defenda a participação essencial em função da proteção da dignidade dos envolvidos contra a atuação estatal consubstanciada na decisão judicial<sup>248</sup>, ou pela afirmação simbólica da igualdade individual, ou ainda pela sua tendência a promover virtudes cívicas, já que o indivíduo contribui para a construção da atuação do Estado<sup>249</sup>. Também há aqueles que concebem a participação como integrante do próprio conceito de adjudicação de direitos, por qualquer via, inclusive jurisdicional<sup>250</sup>. Laurence Tribe afirma que há um valor intrínseco no direito de ser ouvido porque ele garante aos indivíduos contra os quais as decisões estatais operam “uma oportunidade que expressa sua dignidade enquanto pessoas”<sup>251</sup>. Seja qual for o resultado do processo, esse tipo de audiência oportuniza o que Tribe chama de “uma interação humana valiosa”, na qual as pessoas que serão afetadas pela decisão pelo menos terão a satisfação de participar da sua formação e, eventualmente, receber uma explicação sobre seus motivos<sup>252</sup>.

Nos Estados Unidos, tanto a participação essencial quanto a participação instrumental têm merecido apoio e, como no Brasil, não é incomum encontrar autores que ressaltem as duas preocupações. Na Suprema Corte dos Estados Unidos, o juiz Thurgood Marshall afirmou que as duas preocupações centrais do devido processo legal são evitar que alguém seja privado de seus direitos de modo equivocado ou injustificado e promover a participação e o diálogo entre os indivíduos afetados no processo de produção da decisão<sup>253</sup>. Logo, o devido processo seria analisado tanto pela qualidade de seus resultados, quanto por sua propensão a

---

<sup>248</sup> “Focar apenas nos resultados faz esquecer que o processo é o regramento do exercício de diversas formas de poder”. CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 171.

<sup>249</sup> BONE, Robert. Rethinking the “day in court” ideal and nonparty preclusion. In: *New York Law Review*, vol. 67, n. 2, 1992, p. 202.

<sup>250</sup> É o caso de Lon Fuller, op. e loc. cit.

<sup>251</sup> TRIBE, Laurence. *American Constitutional Law*. 2. ed. Mineola: The Foundation Press Inc, 1988, p. 666.

<sup>252</sup> Idem, ibidem.

<sup>253</sup> *Marshall v. Jerrico, Inc.*, 446 U.S. 238 (1980).

promover o diálogo entre os sujeitos processuais. Richard Saphire aponta, todavia, que a Suprema Corte dos Estados Unidos nunca conseguiu definir inequivocamente quais são os valores promovidos pela cláusula do devido processo legal<sup>254</sup>. Ela já afirmou que o devido processo ressalta a fé no governo democrático<sup>255</sup>, bem como coíbe arbitrariedades governamentais<sup>256</sup>. A proposta de Saphire é definir o devido processo a partir do impacto das consequências da ação governamental sobre os indivíduos adversamente atingidos por elas<sup>257</sup>. Sempre que o Estado priva alguém de um bem, a dignidade exige que o faça por meios que garantam que os pressupostos fáticos daquela decisão efetivamente existem. Ao contribuir para essa finalidade, a participação é instrumental. Mas, além disso, a participação também tem um aspecto que ele denomina de “dignidade inerente” ao relacionamento entre indivíduo e Estado, que equivalente à participação essencial. Se o Estado adota uma decisão sem a participação do indivíduo, ele não respeita a dignidade do ser humano, tratando-o como simples objeto da ação estatal<sup>258</sup>. A participação protege a autonomia do indivíduo, o direito de controlar os eventos que o afetam<sup>259</sup>, de modo que a “relação entre estado de indivíduo nunca pode ser descrita apenas em termos de resultados, ou mesmo em termos de mecanismos fáticos dos quais esses resultados dependem; pelo contrário, o processo de interação é sempre importante em si mesmo”<sup>260</sup>. Na visão de Saphire, por mais satisfeita que uma pessoa esteja com os seus direitos, ela não sentirá que sua relação com o governo é justa (*fair*) a menos que a relação se processe com respeito, integridade e atenção à autonomia

---

<sup>254</sup> SAPHIRE, Richard B. Specifying due process values: toward a more responsive approach to procedural protection. In: *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 127, 1978, p. 111-195. O autor restringe sua análise à indefinição dos valores do devido processo legal processual, embora a mesma crítica seja aplicável, talvez até com maior intensidade, ao devido processo legal substancial. O presente tópico também se restringirá ao devido processo legal enquanto valor processual.

<sup>255</sup> *Morrissey v. Brewer*, 408 U.S. 471, (1972).

<sup>256</sup> *Wieman v. Updegraff*, 344 U.S. 183, 192 (1952).

<sup>257</sup> Saphire, op. cit., p. 117.

<sup>258</sup> Saphire se embasa, em parte, no voto dissidente do juiz Stevens, na Suprema Corte, no caso *Meachum v. Fano*, 427 U.S. 215, (1976), tratando da necessidade de que um preso fosse ouvido antes de ser transferido de estabelecimento. Stevens afirmou que “if the inmate’s protected liberty interests are no greater than the State chooses to allow, he is really little more than the slave described in the 19th century cases. I think it clear that even the inmate retains an unalienable interest in liberty”.

<sup>259</sup> Saphire, op. cit., p. 122.

<sup>260</sup> Idem, p. 124.

individual, valores que decorreriam da participação<sup>261</sup>. Por outro lado, mesmo decisões injustas são aceitáveis se o processo pelo qual foram atingidas for legítimo<sup>262</sup>.

Ainda sobre o valor essencial da participação, Robert Summers assevera que qualquer processo governamental de tomada de decisões, inclusive o processo judicial, pode ser avaliado da perspectiva de sua eficácia para obter bons resultados, mas também a partir de valores puramente processuais. Processos podem ser eficientes, mas desrespeitar valores que são reputados importantes pela sociedade. Valores como respeito à racionalidade, dignidade e privacidade dos envolvidos caracterizam um bom processo, independentemente dos resultados alcançados<sup>263</sup>. A eficácia para resultados e a eficácia processual de um processo são características distintas, que podem ser analisadas separadamente.

Quando a ênfase não está nos indivíduos que atuam no processo, mas em seu valor para o sistema jurídico, é recorrente a referência de que o processo é um importante para a democracia, independentemente dos seus resultados<sup>264</sup>. O processo é a única diferença entre um Estado democrático e um Estado totalitário, pois permite a legitimação das decisões públicas, em qualquer das esferas de poder<sup>265</sup>. Ainda no aspecto institucional, ele legitima as decisões alocativas do Estado, em um contexto de escassez de bens. A atribuição de determinados benefícios a algumas pessoas e não a outras será necessariamente vista como ilegítima, a não ser que justificada por um processo. A própria ideia de Estado de Direito traz em si um senso de neutralidade, uniformidade e previsibilidade que exige que os poderes

<sup>261</sup> O autor de fato se refere a "generate the feelings of fairness...", embora não embase essa afirmação em qualquer tipo de pesquisa psicológica. O assunto será retomado adiante.

<sup>262</sup> Saphire, op. cit., p. 124: "They also suggest that even when outcomes of decisions are viewed as unfair or unjust, the decisions may be accepted as legitimate if the processes through which they are reached respond to basic principles of self-respect and autonomy".

<sup>263</sup> SUMMERS, Robert S. Evaluating and improving legal processes-a plea for "process values". In: *Cornell Law Review*, vol. 60 n. 1, 1974, p. 1-52.

<sup>264</sup> Na Suprema Corte, o juiz Frankfurter fez afirmação nesse sentido mais de uma vez. Por exemplo, em *United States v. United Mine Workers*, 330 U.S. 258 (1947), ele asseverou: "If one man can be allowed to determine for himself what is law, every man can. That means first chaos, then tyranny. Legal process is an essential part of the democratic process". Também o juiz Jackson, em *Shaughnessy v. United States*, 345 U.S. 206 (1953): "Severe substantive laws can be endured if they are fairly and impartially applied. Indeed, if put to the choice, one might well prefer to live under Soviet substantive law applied in good faith by our common-law procedures than under our substantive law enforced by Soviet procedural practices."

<sup>265</sup> Saphire, op. cit., p. 124.

governamentais sejam exercidos de acordo com regras predeterminadas. “Entendido assim, o Estado de Direito nada tem a ver com o conteúdo das normas”<sup>266</sup>.

### **3.10 Sobreviveria o processo sem participação? Crítica à noção de participação essencial**

Tudo o que foi exposto acima coloca a ideia de representação em xeque. Levado a sério, o postulado de que o contraditório é um princípio absoluto e, portanto, o processo é inconcebível sem participação, restará muito pouco para legitimar um processo no qual os titulares do direito não têm qualquer oportunidade de participar e não existe vínculo jurídico ou fático entre eles e o representante, do qual se possa extrair que a atuação deste, por alguma razão, equivalente à dos ausentes<sup>267</sup>. Contudo, ao contrário do que possa parecer, nenhum dos sustentáculos do direito de participação, expostos no item anterior, está isento de críticas. Nas palavras de Cynthia Farina, “nós parecemos incapazes de fazer as pazes com o devido processo”<sup>268</sup>.

Quando os fundamentos da exigência de participação começam a ser analisados de perto, seu poder de convencimento se reduz. A vinculação do processo com o Estado Democrático, por exemplo, que parece ser uma das mais convincentes razões para considerar a participação no processo como essencial, deriva a maior

---

<sup>266</sup> UNGER, Roberto Mangabeira. *Law in modern society: toward a criticism of social theory*. New York: The Free Press, 1976, p. 177-178.

<sup>267</sup> Robert Bone compartilha dessa preocupação: “the principle of litigative autonomy cannot limit autonomy claims where there is no relationship of any kind between the party and the absentee. This fact has serious implications for mass tort and mass accident cases. With a few possible exceptions, process-oriented theory should guarantee injured parties in such cases a chance to make their own strategic choices-unless, of course, there is some reason to doubt the coherence of process-oriented theory”. BONE, Robert. Rethinking the “day in court” ideal and nonparty preclusion. In: *New York Law Review*, vol. 67, n. 2, 1992, p. 266.

<sup>268</sup> FARINA, Cynthia. Conceiving due process. In: *Yale Journal of Law and Feminism*, Vol. 3, n. 2, 1991, pp. 189-280. De modo similar, TERRELL, Timothy. Liberty and Responsibility in the Land of New Property: Exploring the Limits of Procedural Due Process. In: *University of Florida Law Review*, Vol. 39, n. 2, 1987, pp. 351-386, criticando a Suprema Corte por não conseguir atribuir um significado coerente para o devido processo.

parte de seu apelo de uma carga emocional. Afinal, alerta Lawrence Sager, conceitos como democracia e soberania popular são difíceis e problemáticos, porque têm um apelo elástico e profundamente enraizado em nossos valores<sup>269</sup>. Pressupor que determinadas características processuais, apenas muito recentemente incorporadas, estão intrinsecamente vinculadas ao conceito de democracia, não é historicamente correto. Por exemplo, ninguém discute que o Estado brasileiro era democrático sob a Constituição de 1946, embora o modelo processual, tanto judicial, quanto administrativo, fosse bastante diferente do que é hoje. Igualmente, é indiscutível que o Estado nazista não era uma democracia, embora a supressão das regras processuais para os judeus só tenha se completado em 1943, quase ao final do regime<sup>270</sup>. E, mesmo que os judeus não tivessem perdido de seus direitos de participação processual, o Estado nazista não deixaria de ser ditatorial<sup>271</sup>.

Também é preciso considerar as mutações dos conceitos de democracia e de participação. Os Estados Unidos sempre foram politicamente democráticos, embora as noções de participação tenham se alterado dramaticamente ao longo do tempo, na medida em que a Constituição sofria mutações<sup>272</sup>. Antes de *Goldberg v. Kelly*, a administração poderia descontinuar um benefício de seguridade social sem ouvir o beneficiário. A partir da decisão da Suprema Corte, passou a ser necessária uma oitiva administrativa. Depois, em *Mathews v. Eldridge*, a Suprema Corte retrocedeu e

<sup>269</sup> SAGER, Lawrence. The incorrigible constitution. In: *New York University Law Review*, vol. 65, 1990, p. 893-961.

<sup>270</sup> MAJER, Diemut. *"Non-Germans" Under the Third Reich: The Nazi Judicial and Administrative System in Germany and Occupied Eastern Europe with Special Regard to Occupied Poland, 1939-1945*. Baltimore: JHU Press, 2003, p. 399.

<sup>271</sup> Em sentido similar, embora com uma estrutura inversa de raciocínio, Sanford Kadish, afirmando que o fato de determinadas estruturas processuais não terem sido adotadas por governos autoritários não significa que elas sejam aceitáveis no contexto democrático. KADISH, Sanford H. Methodology and Criteria in Due Process Adjudication. A Survey and Criticism. In: *The Yale Law Journal*, vol. 66, n. 3, 1957, p. 319-363.

<sup>272</sup> "While the written text of the Constitution has been notably durable, it has been formally amended in some rather significant ways. More importantly, it has been dramatically refurbished from time to time through the judiciary's interpretation of its provisions. The combined results are striking: slavery, once presumed, is now prohibited. The states, once almost exempt, are now the primary target of the Constitution's liberty-bearing provisions. Substantive due process has come, gone, and come again in the very different dress of the right of privacy. National legislative authority has been drawn to proportions that even John Marshall might have had trouble imagining. Plessy has given way to Brown, and Bradwell to Reed. The franchise has come to be distributed much more fairly, and the protections afforded expression have become much more meaningful. The administrative state has been born, and the Constitution has more or less comfortably accommodated it. Hardly a static picture over time". Sager, op. cit., p. 896.

disse que *Goldberg* não era uma regra geral para a conduta do Estado. Um leitor rigoroso poderia afirmar que os Estados Unidos eram menos democráticos em 1969, passaram a ser mais democráticos em 1970 e voltaram a ser um pouco menos democráticos em 1976, embora não tanto quanto antes de 1970. Mas ninguém diria que o país ou seu processo administrativo não eram democráticos em 69, passaram a ser em 70 e deixaram novamente de ser em 76. A relação entre democracia e participação processual, portanto, não é tão direta quanto seus defensores pretendem afirmar.

Em terceiro lugar, as teorias democráticas, sob a influência de Schumpeter, a partir da década de 1940, passaram a rejeitar o que o autor denominou de “teorias clássicas” da democracia. Um dos principais postulados atacados por Schumpeter é o de que a democracia esteja associada a ideais ou finalidades determinadas, como, por exemplo, a justiça. Democracia é um método, um arranjo institucional para que decisões sejam tomadas<sup>273</sup>. Associar a democracia a resultados predeterminados é um equívoco. O ponto principal da crítica é a ideia da doutrina clássica, de que a participação popular é essencial para a tomada de decisões políticas democráticas. A premissa, para Schumpeter, é irrealista. O cidadão comum é desinteressado e insuficientemente informado para que o sistema possa se apoiar na pretensão de que ele participe pessoalmente da tomada de decisões, para além de alguns eventos específicos, como as eleições. Ainda que essa perspectiva possa ser criticada, há um considerável acordo, entre os teóricos da democracia, no sentido de que os indivíduos não atendem aos requisitos básicos para o funcionamento do sistema democrático, tal como teoricamente delineados, de maneira que não é a participação pessoal que explica a persistência de arranjos democráticos<sup>274</sup>. Berelston afirma, pelo contrário, que a limitação da participação e a apatia dos cidadãos exerce influencia positiva para a manutenção do sistema democrático como um todo, uma vez que limita a intensidade dos conflitos sociais. Se há dúvidas sobre o valor da participação como núcleo da democracia política, há ainda mais

<sup>273</sup> SCHUMPETER, Joseph R. *Capitalism, Socialism and Democracy*. 3. ed. New York: Harper Colophon Books, 1950, p. 243 e ss.

<sup>274</sup> BERELSON, Bernard R.; LAZARFELD, Paul F.; MCPHEE, William N. *Voting: a study of opinion formation in a presidential campaign*. Chicago: University of Chicago Press, 1986, p. 305-321, tratando dos requisitos sistêmicos e individuais da democracia. Em sentido similar, DAHL, Robert. *A preface to democratic theory*. Expanded Edition. Chicago: The University of Chicago Press, 2005.



razões para se desconfiar de seu transporte para a esfera processual. Pelo menos desde a década de 1940, é possível subscrever a uma teoria democrática que não tenha a participação individual como elemento fundamental, de modo que não é claro por qual motivo uma teoria processual não poderia prescindir desse elemento. A apreensão desse requisito, tal como realizada pelos processualistas, leva em consideração conceitos de democracia superados ou, pelo menos, problematizados há décadas em seu contexto original. Ainda que exista relação entre democracia e participação no processo, sobretudo no processo administrativo, uma vez que o aumento das oportunidades para que o cidadão participe dos processos públicos pode sinalizar avanços na democracia, essa não é, historicamente, uma relação de causa e efeito ou de evolução conjunta. Democracia e processo são conceitos abertos, sujeitos a uma série de outras influências que não a de um sobre o outro. A relação entre opções processuais e o desenvolvimento da democracia ou da sociedade, de forma geral, é mais complexa do que a maximização das oportunidades de participação processual. O fato de um Estado restringir algum tipo de participação processual não vai transformá-lo, necessariamente, em antidemocrático, desde que uma análise do sistema jurídico e político, como um todo, não endosse essa conclusão.

O papel da participação como legitimadora do processo, independentemente dos resultados, também é defendido por Laurence Solum<sup>275</sup>, para quem a participação é a única razão para que alguém possa ser legitimamente vinculado a uma decisão, independentemente de seu conteúdo. Não haveria outra forma de justificar moralmente a vinculação a decisões judiciais erradas. Mas Solum encontra essa legitimidade em uma comparação com a atividade legislativa. Da mesma forma que o eleitor participa da legislação, a parte participa da adjudicação. Assim, seu argumento se reverte para o problema da democracia e de como justificar a própria atividade do Poder Judiciário. Uma obrigação moral de obedecer às decisões judiciais, independentemente de seu conteúdo, não precisa necessariamente derivar

---

<sup>275</sup> SOLUM, Laurence. Procedural justice. In: *Southern California Law Review*, vol. 78, 2004, p. 181-321. Na p. 279, o autor assevera: "As in the case of legislation, adjudication is not legitimate if the norms of participation are violated (a) even if the outcome of the particular adjudication would be considered right by independent norms of political morality, (b) even if the procedure was generally reliable, and (c) even if the outcome would have been the same had the required participation actually occurred".

da possibilidade de participar dessas decisões. Ela pode decorrer do dever de obedecer à Constituição, que previu a atividade jurisdicional, bem como da lei processual, aprovada democraticamente, que, por alguma razão, previu, em determinada hipótese, um processo não participativo<sup>276</sup>. Adicionalmente, é preciso considerar que a participação pode ter alguma força para legitimar decisões erradas, mas há um limite para o quanto as pessoas estarão dispostas a aceitá-las, simplesmente porque foram ouvidas antes de sua adoção.

Igualmente vinculado ao argumento da democracia, é comum se afirmar que a participação é essencial porque evita o abuso de autoridade do juiz, ao submeter sua conduta à fiscalização das partes<sup>277</sup>. Embora o problema apresentado seja real, ele não se vincula predominantemente ao requisito de participação no processo. É perfeitamente possível conceber um processo não participativo que, apesar disso, adote mecanismos de contenção da autoridade<sup>278</sup>, por exemplo, mediante utilização de mecanismos correicionais, recursos e revisões obrigatórias, bem como pela publicidade obrigatória das decisões, expondo-as ao controle social. Tudo isso independe da participação de indivíduos específicos, afetados ou não pela decisão. A participação pode ser uma forma de controle da autoridade, mas não é a única, nem há indícios convincentes de que seja a mais eficaz.

Outro problema para a noção de participação essencial é a sua conciliação com uma visão de processo instrumental. Sustentar que o contraditório é um princípio absoluto<sup>279</sup> é uma posição que, pelo menos em certa medida, conflita com a visão instrumental do processo. A razão para isso é bastante simples: é impossível

---

<sup>276</sup> Cabe reconhecer que a crítica feita no texto tem menos força no contexto norte-americano, em que a formulação das regras processuais é, em grande medida, atribuída ao próprio Poder Judiciário, o que não é o caso do Brasil.

<sup>277</sup> Essa concepção pode ser vista sob a perspectiva instrumental, uma vez que a participação é instrumento para a prevenção dos abusos. Ela é aqui tratada com participação essencial para reservar o debate instrumental apenas ao valor da participação como elemento de construção da decisão adequada aos fatos subjacentes.

<sup>278</sup> Exemplo disso são os procedimentos revisionais adotados no âmbito do Ministério Público Federal, em relação a procedimentos extrajudiciais. De acordo com a Resolução 87/2006, do Conselho Superior do Ministério Público Federal, todo expediente extrajudicial (procedimento administrativo, inquérito civil etc.) instaurado por um membro do Ministério Público deve ser submetido a revisão de uma Câmara de Coordenação e revisão, caso seja arquivado, independentemente de recurso de quaisquer eventuais interessados.

<sup>279</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 49 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 32.

aumentar indefinidamente a participação do cidadão no processo, porque qualquer instrumento participativo demanda tempo e o tempo, não gerido adequadamente, impede a efetiva tutela dos direitos<sup>280</sup>. Afirmar Luiz Guilherme Marinoni<sup>281</sup>:

O legislador tem o dever de dar ao juiz o poder de distribuir o ônus do tempo do processo. Isto, é claro, pressupõe que o tempo seja compreendido como ônus, o que sequer é intuído pela doutrina processual tradicional. O tempo é visto pela doutrina clássica como algo neutro ou cientificamente não importante para o processo. Certamente por isso foi jogado nas costas do autor, como se ele fosse o culpado pela demora inerente à cognição dos direitos. Acontece que o tempo é uma necessidade do juiz, que dele precisa para formar a sua convicção, assim como uma necessidade democrática advinda do direito de as partes participarem adequadamente do processo.

Nesses termos, a realização de um processo instrumental necessariamente exige a restrição da participação, em alguma extensão<sup>282</sup>. Se o processo é instrumento para a realização do direito material, todos os seus elementos, inclusive a participação, devem ser representados como o gráfico de uma função quadrática em que  $a < 0$ , sendo que o eixo “x” representa a participação no processo e o eixo “y” a realização do direito material. O vértice da parábola é o ponto em que se obtém a maior participação com a maior realização do direito material. A partir daí, aumentos de participação significarão redução na realização do direito material, especialmente em razão da demanda de tempo<sup>283</sup>. A visão essencial da participação parece ser a

<sup>280</sup> Isso para não falar do problema do custo, que costuma ser menosprezado no Brasil. Toda participação implica custos que significarão subtração de direitos em outros setores. A Suprema Corte dos Estados Unidos observou esse problema em *Mathews v. Eldridge*, 424 U.S. 319 (1976): “In striking the appropriate due process balance, the final factor to be assessed is the public interest. This includes the administrative burden and other societal costs that would be associated with requiring, as a matter of constitutional right, an evidentiary hearing upon demand in all cases prior to the termination of disability benefits. (...) Financial cost alone is not a controlling weight in determining whether due process requires a particular procedural safeguard prior to some administrative decision. But the Government's interest, and hence that of the public, in conserving scarce fiscal and administrative resources is a factor that must be weighed. At some point, the benefit of an additional safeguard to the individual affected by the administrative action and to society in terms of increased assurance that the action is just may be outweighed by the cost. Significantly, the cost of protecting those whom the preliminary administrative process has identified as likely to be found undeserving may, in the end, come out of the pockets of the deserving, since resources available for any particular program of social welfare are not unlimited”.

<sup>281</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Direito Fundamental à duração razoável do processo. In: *Revista Estação Científica*, vol. 1, n. 4, 2009, p. 82-97. Citação p. 85.

<sup>282</sup> Robert Bone endossa esse argumento, afirmando: “any manageable litigation system has to cut off rights to participate at some point”. BONE, Robert. Rethinking the “day in court” ideal and nonparty preclusion. In: *New York Law Review*, vol. 67, n. 2, 1992, p. 266.

<sup>283</sup> O problema, é claro, está em saber, concretamente, onde fica o vértice do gráfico. Marinoni, ao tratar do procedimento na visão instrumental do processo, afirma que “o processo deve ser aberto ao contraditório ou estar aberto à participação dos particulares que a ele recorrem e são afetados em suas esferas jurídicas pelos atos de posituação de poder do Estado-juiz. (...) o processo necessita de

preferida entre os autores brasileiros que escrevem sobre contraditório. Entretanto, todos eles são adeptos da visão instrumental do processo, o que não deixa de representar incongruência. A visão instrumental do processo só é consistente no contexto de uma concepção instrumental de todos os seus elementos, inclusive a participação. A não ser que se desconsiderasse o elemento temporal – o que a própria Constituição, atualmente, veda, dado o teor do art. 5º, LXXVIII – é impossível se obter, infinitamente, cada vez mais participação e cada vez mais realização do direito material. Em algum ponto, o aumento da participação significará redução da realização do direito material<sup>284</sup>.

Essa objeção é oponível àqueles que vinculam a participação ao tratamento digno do indivíduo. Se o objetivo do processo é instrumental à realização do direito material, a medida da dignidade dos envolvidos é a medida da realização do direito material, não da participação. Uma visão instrumental do processo jamais poderia considerar adequado um processo em que o indivíduo participe, mas não tenha seus direitos materiais tutelados adequadamente, nem um processo que lhe garanta o direito de participar para além da medida em que sua atuação fosse necessária para um bom resultado material<sup>285</sup>. Ainda é possível objetar, como o faz Louis Kaplow,

---

um procedimento que seja, além de adequado à tutela dos direitos, idôneo a expressar a observância dos direitos fundamentais processuais, especialmente daqueles que lhe dão a qualidade de instrumento legítimo ao exercício do poder estatal. Portanto, o processo é o procedimento que, adequado à tutela dos direitos, confere legitimidade democrática ao exercício do poder jurisdicional". O autor combina, assim, a visão da participação essencial com a participação instrumental, afirmando que a participação tanto é instrumento para a realização do resultado material do processo, quanto, em si mesma, realização de um direito constitucional. Teoricamente, essa posição é correta. A dificuldade é se identificar, na prática, qual é o equilíbrio ótimo entre esses dois objetivos. MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 402.

<sup>284</sup> É claro que se pode discutir se o aumento da participação será proporcionalmente maior ou menor que a redução da realização do direito material, ou, matematicamente, a velocidade de diminuição da função a partir do vértice. Inevitavelmente, entretanto, haverá redução.

<sup>285</sup> Nesse sentido, BONE, Robert. Rethinking the "day in court" ideal and nonparty preclusion. In: *New York Law Review*, vol. 67, n. 2, 1992, p. 282. No Brasil, não é incomum que autores defendam o processo instrumental, mas, apesar disso, insistam no valor absoluto do contraditório. No sentido criticado, ver MITIDIERO, Daniel. A multifuncionalidade do direito fundamental ao contraditório e a improcedência liminar (art. 285-A, CPC): resposta à crítica de José Tesheiner. In: *Revista de Processo*, vol. 144, 2007, p. 105-112, p. 105-112, aludindo a uma "questionável legitimação pela eficiência do aparato judiciário", para sustentar a inconstitucionalidade do art. 285-A do CPC. Realisticamente, a visão instrumental do processo não é outra coisa que não a legitimação do processo pela eficiência. O procedimento do art. 285-A do CPC não priva o autor de participação no processo, uma vez que ele é admitido a demandar e, em uma causa exclusivamente de direito, não haveria outra oportunidade relevante de participação. Quanto ao réu, o CPC o priva de participação por ser esse o melhor resultado possível em seu favor, com a obtenção de uma sentença de mérito, sem a necessidade de incorrer em despesas, tais como a contratação de advogado, isso sem mencionar a economia para o aparato Judiciário.

que, concretamente, as únicas pessoas que reclamam de não ter participado de um processo são aquelas que não obtêm o que desejavam. Se isso é verdade, o mais provável é que elas reclamem porque consideram que sua atuação poderia ter levado a um resultado diferente, de modo que a preocupação com a participação seria instrumental e não essencial<sup>286</sup>. Mesmo Laurence Solum, que defende a possibilidade de estabelecimento de critérios de justiça puramente processuais, considera que a dignidade não é critério adequado para sustentar o valor da participação, tanto porque toda participação do mundo não justificaria um julgamento fraudulento, quanto porque é improvável que ela supere outros elementos, como a precisão do resultado obtido.<sup>287</sup>

Embora a análise aqui seja focada na doutrina norte-americana, não há indícios de que o panorama europeu levaria a conclusão diversa. O Tribunal Constitucional alemão, por exemplo, embora tenha valorizado o contraditório como forma de se demonstrar que o acusado não é um objeto, mas um sujeito da decisão judicial, o caracterizou como direito de influenciar no andamento e no resultado do processo<sup>288</sup>. Assim, o contraditório, na visão do Tribunal, está fortemente imbricado em finalidades instrumentais. Além disso, o Tribunal já afirmou expressamente que o contraditório não é um direito absoluto e que está sujeito a ponderação e limitações decorrentes de outros interesses que estejam em jogo <sup>289</sup>, encarregando precipuamente o Código de Processo de realizar essa ponderação. Se a lei pode realizar a ponderação, a participação, enquanto valor constitucional, não poderia ser essencial, no sentido em que o termo é aqui empregado.

<sup>286</sup> KAPLOW, Louis. The Value of Accuracy in Adjudication: an economic analysis. In: *The Journal of Legal Studies*, vol. 23, 1994, p. 307-401. Na p. 390, o autor afirma: "one does not often hear stories of individuals who win complaining that they did not get their day in court".

<sup>287</sup> SOLUM, Laurence. Procedural justice. In: *Southern California Law Review*, vol. 78, 2004, p. 181-321. O trecho referido está na p. 264.

<sup>288</sup> Ver, por exemplo, BVerfGE 7, 53

<sup>289</sup> BVerfGE 9, 89. Na decisão, de 1959, o Tribunal Constitucional afirmou que "A despeito da elevação do princípio do direito ao contraditório à categoria de direito fundamental, nada pode ter mudado na legitimidade de interesses contrários [a ele] e na necessidade de realizar uma compatibilização desses interesses com o interesse do atingido na sua oitiva. (...) Não pode, porém, corresponder ao sentido do Art. 103 I GG [a possibilidade de] preterir absolutamente as ponderações cuidadosamente pensadas entre os diversos interesses, a serem observados individualmente em cada tipo de processo, e as limitações ao direito ao contraditório nelas baseadas.

O Art. 103 I GG parte, portanto, do princípio de que a conformação mais detalhada do direito ao contraditório deve caber aos códigos de processo". Ver SCHWABE, Jürgen. Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Tradução de Beatriz Hennig et. al. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005, p. 916.

Argumenta-se, ainda, que a participação seria essencial para a legitimidade do processo. Laurence Tribe defende uma visão dinâmica do devido processo legal, preocupada com o desenvolvimento das políticas ao longo do tempo, tendo em conta não apenas o resultado, mas o processo de decisão em si mesmo<sup>290</sup>. A exigência de participação no processo seria um valor compartilhado pela comunidade e, por isso, elemento constitutivo de sua legitimidade. Todavia, ao contrário do que pensa o autor, concretamente, não é fácil definir se a impressão de legitimidade que decorre do direito de participar está ligada à participação em si ou à percepção de que a participação oportunizaria melhores resultados. É mais comum que se ouça, tanto de leigos quanto de especialistas, que o maior defeito do processo civil é a demora e a inefetividade, não a falta de oportunidades de participação. Isso parece sugerir que o processo é encarado pelas pessoas precipuamente de uma perspectiva finalista, que demanda legitimação pelos resultados, não pelos meios. É exatamente esse o entendimento de José Roberto Bedaque<sup>291</sup>:

Trata-se, sem dúvida, de nova visão do fenômeno processual, instrumento cuja utilidade é medida em função dos benefícios que possa trazer para o titular de um interesse protegido pelo direito material. A conscientização de que o processo vale não tanto pelo que é, mas fundamentalmente pelos resultados que produz, tem levado estudiosos a reexaminar os institutos processuais, a fim de sintonizá-los com a nova perspectiva metodológica da ciência.

É comum que se argumente que a participação é essencial porque aumenta a satisfação das partes com o processo e a decisão. Robert Bone<sup>292</sup> objeta ser discutível que a finalidade do processo judicial seja alcançar a satisfação subjetiva das partes com a decisão. Esse seria um efeito desejável, mas não o fim do processo<sup>293</sup>. Em segundo lugar, mesmo que esse fosse o objetivo, não seria impossível que ele fosse alcançado de outras formas, que não pela participação ou, pelo menos, não em todos os momentos da demanda. Em terceiro lugar, há apenas uma pressuposição de que a participação tem esse efeito psicológico sobre as

<sup>290</sup> TRIBE, Laurence. Structural Due process. In: *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, vol. 10, 1975, p. 269-321. Ver especialmente p. 290 e ss.

<sup>291</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 16.

<sup>292</sup> BONE, Robert. Rethinking the "day in court" ideal and nonparty preclusion. In: *New York Law Review*, vol. 67, n. 2, 1992, p. 233 e ss.

<sup>293</sup> Nesse sentido, SOLUM, Laurence. Procedural justice. In: *Southern California Law Review*, vol. 78, 2004, p. 181-321.

partes, mas não há evidências concretas de que a redução na participação acarretaria uma inevitável redução do índice de satisfação dos envolvidos e, por consequência, da legitimidade do Poder Judiciário. É claro que um processo sem nenhuma participação poderia reduzir a confiança das partes, mas não é certo que essa redução ocorra na mesma proporção em que diminuem as oportunidades de participação, nem que ela não pudesse ser compensada por uma decisão materialmente adequada ao caso.

Essa crítica merece alguma ponderação. De fato, para a maioria dos juristas, o efeito psicológico do processo sobre as partes, acarretando legitimação da decisão por intermédio da participação, é construído por dedução, sem recurso a evidências empíricas. A psicologia forense não tem dado muita atenção, no Brasil, a pesquisas sobre os efeitos do processo sobre as partes. Contudo, nos Estados Unidos, embora essa questão também não esteja propriamente na ordem do dia, há pesquisas empíricas, desde a década de 1970, sobre os desdobramentos psicológicos do processo. O trabalho pioneiro sobre o tema, de Thibaut e Walker<sup>294</sup>, demonstrou que as pessoas se importam com a justiça no desenvolvimento do processo e que a distribuição no controle do litígio, ou seja, o grau de participação - quem pode iniciá-lo, quem pode apresentar provas etc. - seria o melhor indicador de satisfação dos envolvidos. Por outro lado, a satisfação também varia consideravelmente de acordo com o resultado final do processo e com outros fatores<sup>295</sup> na configuração do modelo<sup>296</sup>. Logo, não há certeza acerca do motivo pelo qual as pessoas se importam com a qualidade do processo, se em razão de acreditarem que ele é importante em

---

<sup>294</sup> THIBAUT, John; WALKER, Laurens. *Procedural justice: a psychological analysis*. Hillsdale: Lawrence Erlbaum Associates, Publishers: 1975.

<sup>295</sup> Discutindo os resultados de Thibaut e Walker, Rebecca Hollander-Blumoff aponta (p. 133): "Procedural justice research has shown that procedural justice effects are present in a wide range of settings. Civil litigants in court care about their treatment by a judge, criminal defendants care about their treatment by judge and jury, disputing parties in arbitration and mediation care about their treatment by an arbitrator or mediator, and even disputing parties in negotiation care about their treatment by the other party". HOLLANDER-BLUMOFF, Rebecca. The Psychology of Procedural Justice in the Federal Courts. In: *Hastings Law Journal*, vol. 63, 2011, p. 127-178.

<sup>296</sup> Foram destacados o comportamento do advogado e a qualidade do trabalho desenvolvido, a confiança no juiz, a possibilidade de apresentação de prova. Nos resultados apresentados pelos autores houve uma clara percepção mais positiva em favor do modelo adversarial, em contrapartida ao modelo inquisitivo. O estudo, que simulou um processo criminal, também mostrou que os indivíduos que eram absolvidos tendiam fortemente a considerar-se satisfeitos com o processo, mesmo quando eram informados previamente de que eram culpados da acusação. Thibaut e Walker, op. Cit., p. 74.

si, ou pela percepção de que apenas um processo justo dará lugar a um resultado justo<sup>297</sup>. Há evidência de que outros elementos, como a confiança no juiz e em sua neutralidade, ou mesmo a cortesia no tratamento, podem ser considerados, por alguns indivíduos, mais relevantes que o controle pessoal sobre o litígio<sup>298</sup>. O mais provável é que diversos aspectos sejam relevantes para a percepção de justiça processual<sup>299</sup>.

De todo modo, ainda que essas considerações possam atenuar a crítica de Robert Bone, elas não podem dissipá-la completamente. Produzir uma sensação de justiça pode ser um efeito secundário desejado, mas não é o objetivo principal de um processo. Adicionalmente, mesmo os psicólogos reconhecem que a sensação de justiça é muito subjetiva, sendo difícil definir quais de seus elementos decorrem de fatores estruturais do sistema ou de percepções pessoais dos envolvidos<sup>300</sup>. Em terceiro lugar, como lembrou o *chief justice* Warren Burger, parafraseando Abraham Lincoln, os sentimentos que as partes mais experimentam ao participar de um

---

<sup>297</sup> A percepção original de Thibaut e Walker era no sentido de que a valorização do processo era instrumental ao resultado (op. cit., p. 81). Por outro lado, Tom Tyler encontrou evidências de valorização de elementos processuais independentemente do resultado. Ocorre que o foco de seu trabalho está na relação entre a parte e a autoridade, abordando aspectos como neutralidade e confiança. V. excerto na nota seguinte. TYLER, Tom R. The psychology of procedural justice: A test of the group-value model. In: *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 5, n. 5, 1996, p. 830-838.

<sup>298</sup> “Thibaut and Walker's (1975) initial theory of procedural justice emphasized the role of control judgments in shaping people's assessments about the fairness of procedures. The results of this study support their suggestion that control issues do matter. The findings suggest strongly, however, that a broader perspective on the psychology of procedural justice explains a great deal about the psychology of procedural justice that cannot be understood using control theories. When issues of neutrality, trust, and standing are examined, they explain more about people's reactions to their experiences than do variations in perceived control or outcome favorability”. TYLER, Tom, op. cit., p. 836.

<sup>299</sup> Rebecca Hollander-Blumoff, op. cit., p. 175, resume: “When litigants and other players in the legal system have an opportunity for voice, feel that a decisionmaker is trustworthy and neutral, and believe that they have been treated with courtesy and respect, they are more likely to believe that the decisionmaking process is fair and that the system is legitimate”. Tom Tyler chega a conclusão similar em outro trabalho, afirmando: “These findings indicate that the judgment of procedural justice is complex and multifaceted. Citizens are not using any simple, unidimensional approach to such assessments. Instead, they pay attention to seven distinct aspects of process: the authorities' motivation, honesty, and ethicality; the opportunities for representation; the quality of the decisions; the opportunities for error correction; and the authorities' bias. TYLER, Tom. What is procedural justice?: criteria used by citizens to assess the fairness of legal procedures. In: *Law and Society Law Review*, vol. 22, n. 1, 1988, p. 103-135. Ver também MEARES, Tracey. Norms, Legitimacy and Law Enforcement. In: *Oregon Law Review*, vol. 79, 2000, p. 391-416.

<sup>300</sup> Rebecca Hollander-Blumoff conduz uma pesquisa sobre esse problema na Universidade de Washington, mas, até o momento em que o presente trabalho era escrito, ainda não havia resultados publicados.



processo, no mundo real, fora dos estudos controlados<sup>301</sup>, são de ansiedade, stress, desperdício de tempo e de dinheiro. A visão de que alguém se sente empoderado e participante da democracia por estar envolvido em um processo judicial é uma idealização que existe apenas na mente dos juristas. A maioria das pessoas comuns “tem horror a processos judiciais acima de qualquer outra coisa menos grave que a doença ou a morte”<sup>302</sup>.

O outro questionamento direcionado ao postulado de que o processo deve ser medido pela satisfação das partes, lançado por Bruce Hay, é que essa satisfação é condicionada pelo perfil do litígio. É provável que, antes de haver litígio, as partes, perguntadas, optassem por um tipo de procedimento. Depois dele existir, todavia, é há indícios de que essa opção não seja a mesma, já que o conhecimento acerca do conflito as induziria a optar por formas processuais que parecessem mais favoráveis a suas próprias pretensões. A única solução justa, nesse caso, é adotar a forma processual que as partes escolheriam antes do conflito, quando ainda havia sobre ele um “véu de ignorância”. Ironicamente, isso significa que, em determinadas circunstâncias, um sistema processual justo deverá desagradar uma das partes ou, eventualmente, ambas<sup>303</sup>. Indo além desse ponto, em trabalho conjunto com David Rosenberg, o autor especula que seria possível até mesmo obrigar as partes, em um litígio de massa, a um processo coletivo que considerasse apenas a média dos casos, e não as especificidades de cada um, porque, antes de saber se seu caso é forte ou fraco, a parte provavelmente concordaria com um julgamento pela média<sup>304</sup>.

---

<sup>301</sup> Os estudos psicológicos, de modo geral, são estruturados a partir da exposição dos participantes a situações hipotéticas, o que é essencial para o controle das variáveis. Por outro lado, isso abre margem para a objeção de que uma pessoa pode se preocupar mais com a justiça procedimental em laboratório, quando ela efetivamente não está perdendo direitos próprios, que considera legítimos, nem empregando seu tempo e dinheiro em uma situação naturalmente estressante, do que em um processo judicial real.

<sup>302</sup> BURGER, Warren E. Isn't There A Better Way? In: *American Bar Association*, vol. 68, 1982, p. 274-76. A frase transcrita é uma citação, feita pelo autor, de Learned Hand.

<sup>303</sup> HAY, Bruce L. Procedural justice-ex ante vs. ex post. In: *UCLA Law Review*, vol. 44, 1997, p. 1803-1850. Robert Bone também expõe esse argumento, nos seguintes termos: “a procedure is fair to a party if a rational person in the position of the party would have agreed to the procedure before the dispute arose. In deciding whether to agree, a rational person weighs the costs and benefits that he expects from the procedure”. BONE, Robert G. Agreeing to Fair Process: The Problem with Contractarian Theories of Procedural Fairness. In: *Boston University Law Review*, vol. 83, 2003, p. 485-552.

<sup>304</sup> HAY, Bruce L. e ROSENBERG, David. The individual justice of averaging. In: *Harvard Law School John M. Olin Center for Law, Economics and Business Discussion Paper Series*. Paper 285, 2000. Trata-se de um trabalho não oficialmente finalizado, pelos autores.

Nesses termos, evidencia-se que a satisfação concreta das partes com um modelo processual não significa que ele seja justo, da mesma forma que sua insatisfação não acarreta a conclusão de que ele seja injusto. As impressões dos indivíduos quanto ao processo são inevitavelmente contaminadas pelas perspectivas que ele proporciona relativamente ao resultado material por elas desejado.

De todo modo, ainda que se considerasse que a exclusão total das pessoas da participação processual fosse suficiente para criar a sensação de que o processo não se importa com os indivíduos, isso não impede que a participação seja maior ou menor, dependendo das peculiaridades de cada processo. A participação pode ser importante, mas avaliada no sistema como um todo. Do mesmo modo, sua restrição pode ser avaliada à luz das razões que a motivam<sup>305</sup>. Afinal, se se presume que o público é perceptivo o bastante para sofrer com a restrição da participação, é razoável imaginar que ele seja sensível para perceber os motivos da sua restrição. Assim, restringir a participação em um litígio individual de características únicas seria considerado mais grave do que a mesma restrição em situações em que uma pessoa ocupa posição muito similar à de diversas outras<sup>306</sup>. Para se supor coerentemente que as pessoas são sensíveis ao ponto de se importarem com a redução das oportunidades de participação no processo, é preciso supor que elas também são sensíveis à diferença entre essas duas hipóteses e aos motivos que as diferenciam.

Além disso, David Rosenberg chama a atenção para um ponto crucial: a participação no processo não é, na realidade cotidiana do processo, exercida pela parte, mas sim por seu advogado, de modo que é duvidoso que ela tenha efeitos psicológicos tão evidentes para o cidadão comum<sup>307</sup>. Isso é igualmente válido no

---

<sup>305</sup> BONE, Robert. Rethinking the "day in court" ideal and nonparty preclusion. In: *New York Law Review*, vol. 67, n. 2, 1992, p. 235.

<sup>306</sup> Idem, ibidem.

<sup>307</sup> "Collective processing is berated for its 'preemption of control over litigation.' The consequences of such preemption, are expressed in the dire but cloudy terms of 'important symbolic and psychological effects.' These critics do not claim that collective processing deprives individuals of actual control over litigation, nor could they. Realistically and quite sensibly, control over tort claims, whether prosecuted separately or in the aggregate, rests largely with the expert lawyer, who normally finances the claim in return for a contingent percentage of the proceeds from the settlement or verdict. The projected appearance of a system protecting claimant autonomy may help perpetuate the perception that it is doing individual justice, but in reality, individual victims do not control their actions". ROSENBERG,

Brasil, uma vez que, ressalvadas exceções em que a lei admite a postulação sem advogado, a complexidade envolvida no exercício da jurisdição civil impedirá que o cidadão tenha qualquer controle relevante sobre as decisões ou estratégias a serem adotadas em seu favor no curso dos processos<sup>308</sup>. Ele sabe apenas, ao final, se ganhou ou perdeu. É por isso que Rosenberg conclui que a participação no processo individual é apenas aparente e simbólica, uma ilusão de controle, o que o leva a duvidar que “qualquer coisa de valor seja perdida pela destruição do símbolo ou da aparência de controle individual” nos processos coletivos, sendo irracional pretender manter tal ilusão em prejuízo da efetividade da tutela<sup>309</sup>. Finalmente, Rosenberg apresenta evidências empíricas de que, mesmo que se suponha que as partes efetivamente se importam com restrições em seu direito de participar do processo, não é verdade que elas se importem ao ponto de abdicar de outros benefícios dos litígios coletivos. Nos processos relacionados com o *agent orange*, dos 240 mil indivíduos notificados pessoalmente do acordo coletivo, apenas 1.800, ou seja, aproximadamente 0,5% exerceram seu direito de *opt out*<sup>310</sup>. Em outro trabalho, Rosenberg explicitou que “a noção de que as partes têm influência ou envolvimento pessoal nas decisões sobre os rumos do litígio ou do acordo, além de algum poder de veto sobre o valor deste, é irreal”<sup>311</sup>.

Também é possível objetar filosoficamente à pretensão de que a participação no processo é um valor absoluto. Ronald Dworkin afirma que impedir que uma pessoa participe de um processo não lhe acarreta dano moral<sup>312</sup>, além daquele que decorre

---

David. Of End Games and Openings in Mass Tort Cases: Lessons From a Special Master. In: *Boston University Law Review*, vol. 69, 1989, p. 695-730. Citação p. 701-702.

<sup>308</sup> É possível que essa argumentação seja mais discutível no âmbito do processo penal, mas ela é certamente válida no processo civil. Um cliente de um escritório de advocacia que ajuíza centenas ou milhares de ações judiciais questionando uma mesma tese complexa de direito previdenciário, só por ficção terá algum controle sobre o litígio.

<sup>309</sup> Idem, p. 702.

<sup>310</sup> Idem, ibidem. Ver também WEINSTEIN, Jack B. *Individual justice in mass tort litigation*. Evanston: Northwestern University Press, 1995. O autor foi o juiz reponsável pela condução do litígio relacionado ao *agent orange*, um contaminante utilizado na guerra do Vietnã, até hoje um dos maiores litígios da história do sistema judicial americano. Seus datalhes são descritos em SCHUCK, Peter H. *Agent Orange on Trial: Mass Toxic Disasters in the Courts*. Enlarged Edition. Cambridge: Harvard University Press, 1987.

<sup>311</sup> ROSENBERG, David. Class Actions for Mass Torts: Doing Individual Justice By Collective Means. In: *Indiana Law Journal*, vol. 62, 1987, p. 561-596. Citação p. 582.

<sup>312</sup> Observe-se que Dworkin utiliza essa expressão no contexto da filosofia moral, e não da reparação de danos não patrimoniais, como é corrente para o jurista brasileiro. No original, a expressão é “moral harm”.

de um resultado inadequado, de modo que existiria base moral apenas para a participação instrumental e não para a essencial. Mesmo da perspectiva do resultado, desde que o sistema jurídico assegure aos cidadãos condições processuais igualitárias, ele não é obrigado a assegurar o melhor sistema processual possível, porque essa exigência acarretaria custos que comprometeriam a atuação do Estado em outros setores. Desde que se garanta que os defeitos do sistema processual sejam uniformemente distribuídos pela sociedade, “é igualmente provável que cada cidadão seja arrastado para o processo criminal, apesar de inocente, e igualmente provável que se beneficie da economia conquistada pela escolha dessa norma em vez de uma regra social mais onerosa”<sup>313</sup>. E, mais adiante, “claramente, ninguém tem direito aos processos mais exatos possíveis para o julgamento de suas reivindicações no Direito Civil”<sup>314</sup>.

Lawrence Alexander, de modo explícito, afirma: “eu rejeito teorias de que o devido processo legal processual é um direito constitucional independente, a serviço de valores distintos e divorciados das normas constitucionais de direito material”<sup>315</sup>. Sua posição deriva do fato de que, se não for possível dar significado ao processo a partir da avaliação dos direitos materiais que ele pretende resguardar, não haverá parâmetro para medir quando se está ou não diante do processo devido. Em outras palavras, só é possível saber se e qual é o processo devido da perspectiva do direito material, não de uma perspectiva que considere o processo como um valor em si<sup>316</sup>. Trata-se de uma concepção inteiramente compatível com a ideia de instrumentalidade do processo.

---

<sup>313</sup> DWORKIN, Ronald. Princípio, política, processo. In: DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2001, p. 103-152. Citação p. 124.

<sup>314</sup> Idem, p.

<sup>315</sup> ALEXANDER, Lawrence. The relationship between procedural due process and substantive constitutional rights. In: *University of Florida Law Review*, vol. 39, 1987, p. 323-343. Citação p. 324-325.

<sup>316</sup> “Whether procedure is due depends upon whether substantive constitutional values are at stake (...) what procedure is due depends on the substantive constitutional values at stake and how they might be jeopardized by various procedures”. Idem, p. 330-331.

### 3.11 Sobreviveria o processo sem participação? Crítica à noção de participação instrumental

Se a participação não é essencial a todo tipo de processo em um Estado democrático, restaria ao processualista agarrar-se à noção de participação instrumental. Afinal, como já afirmou a Suprema Corte dos Estados Unidos, não há instrumento melhor para se chegar à verdade do que dar à pessoa cujos direitos estão em risco ciência do processo e oportunidade para se manifestar<sup>317</sup>. É claro que essa noção não é tão confortável quanto a da participação essencial, pois ela já tem o flanco aberto à argumentação de que, em determinados casos, o direito do cidadão participar do processo pode ser restrito em nome de outros objetivos, desde que, analisado como um todo, o instrumento processual seja adequado à adjudicação dos direitos materiais.

Entretanto, mesmo essa visão mais matizada do valor da participação enquanto instrumento para a obtenção de uma decisão adequada não é isenta de críticas. Seu primeiro desafio é que ela só faz sentido no contexto de uma teoria da adjudicação. É preciso saber qual é o resultado desejável do processo e qual é o meio adequado para medi-lo. A maioria dirá que o resultado do processo é a realização do direito material litigioso, após sua determinação, com o maior grau de precisão possível. Essa não é, conforme já mencionado, a única possibilidade. A perspectiva será diversa, por exemplo, se os direitos forem entendidos como elementos de um processo dialético que influencia e é influenciado pelo processo político, moldando-o e sendo moldados ao mesmo tempo<sup>318</sup>. A função do processo será, nesse caso, fornecer insumos para a construção jurídica, mais do que realizar direitos dos indivíduos. De modo relativamente similar, Owen Fiss defende que o processo deve

---

<sup>317</sup> “No better instrument has been devised for arriving at truth than to give a person in jeopardy of serious loss notice of the case against him and the opportunity to meet it. Nor has a better way been found for generating the feeling, so important to a popular government, that justice has been done.” *Joint Anti-Fascist Refugee Committee v. McGrath*, 341 U.S. 123 (1951).

<sup>318</sup> “Rights were the product of consciousness-raising and were often articulated by both political activists and lawyers translating and explaining their own experience”. SCHNEIDER, Elizabeth M. The dialectic of rights and politics: perspectives from the women's movement. In: *New York University Law Review*, vol. 61, 1986, p. 589-652. Citação p. 649.

ser avaliado a partir dos valores públicos que realiza<sup>319</sup>, cabendo aos juízes dar significado e expressão aos valores incorporados no texto normativo<sup>320</sup>. A desvantagem dessas concepções, que pretendem enfocar o valor sistêmico do processo acima do valor individual, é que é difícil enxergar essa função em todos os processos. Mais precisamente, ela parece estar ausente na maioria deles. É pouco provável que se possa extrair um valor público relevante das 43,1 milhões de ações de execução que tramitaram em 1º grau na justiça brasileira em 2013<sup>321</sup>, a maioria das quais decorrente de contratos bancários ou cobrança de tributos<sup>322</sup>.

A perspectiva de que o processo é instrumento para a realização do direito material, nesses termos, parece mais promissora do que a busca de outros valores instrumentais. Mesmo assim, ela é aberta a várias compreensões, já que “realização do direito material” não é uma realidade empiricamente verificável, demandando um referencial<sup>323</sup>. A primeira possibilidade, sugerida por Robert Bone<sup>324</sup>, é uma análise de eficiência. O processo é instrumentalmente adequado quando adjudica de modo eficiente o direito material. O que está em jogo aqui é a relação entre precisão e custo. Participação e outros elementos processuais somente serão valiosos se puderem aumentar a precisão da decisão em relação à determinação e realização do direito material, levando em conta os custos que ocasionam. Assim, o objetivo é achar um ponto de equilíbrio entre os custos sociais do processo, inclusive o custo dos erros, e os ganhos de precisão na adjudicação. Conforme já foi explicitado no item anterior, nem mesmo da perspectiva moral se pode demandar a implantação de estruturas processuais cujos custos sejam substancialmente superiores aos benefícios sociais que ocasionam, ainda que seja necessário assumir que algumas

---

<sup>319</sup> FISS, Owen. The Supreme Court 1978 term: Foreword: the forms of justice. In: *Harvard Law Review*, vol. 93, n. 1, 1979, p. 1-58.

<sup>320</sup> FISS, Owen. Objectivity and interpretation. In: *Stanford Law Review*, vol. 34, 1982, p. 739-763.

<sup>321</sup> BRASIL. *Justiça em números 2014: ano-base 2013*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2014, p. 36.

<sup>322</sup> De acordo com o relatório Diagnóstico da Advocacia Pública no Brasil, no ano de 2008, a Advocacia-Geral da União ajuizou 21.186 execuções fiscais, o que corresponde a aproximadamente 77% de todas as ações ajuizadas pelo governo federal. BRASIL. *I Diagnóstico da Advocacia Pública no Brasil*. Brasília: Ministério da Justiça, 2011, p. 41.

<sup>323</sup> Esse é, aliás, um grande problema para o processo coletivo. Como a doutrina, de modo geral, não define quem são os titulares dos direitos transindividuais, um raciocínio instrumental ficará preso a uma análise de “realização da vontade concreta da lei”.

<sup>324</sup> BONE, Robert. Rethinking the “day in court” ideal and nonparty preclusion. In: *New York Law Review*, vol. 67, n. 2, 1992, p. 238.

decisões serão equivocadas. Como disse Rui Barbosa, ainda em 1914, alguém deve ter o direito de errar por último.

Esse postulado geral é utilizado por Bone para tecer uma crítica à ideia de que a participação no processo, vista como mecanismo de obtenção de uma decisão mais precisa (participação instrumental), deve necessariamente ser individual. Nesse ponto, o pensamento do autor é fortemente baseado em análise econômica do direito, de forma que sua aceitação será necessariamente condicionada à concordância com pelo menos alguns dos pressupostos da teoria<sup>325</sup>. O autor afirma que, conduzido adequadamente, um litígio coletivo será tão preciso quanto uma multiplicidade de litígios individuais. O aumento do número de litígios não aumenta a precisão do sistema, porque a mesma probabilidade de que a decisão do processo coletivo seja “errada” incide sobre cada um dos processos individuais, de maneira que, ao final, admitir que cada pessoa tenha o seu processo e participe dele não aumentará a precisão total do sistema jurídico<sup>326</sup>. Por isso, o custo marginal de permitir que as pessoas litiguem individualmente, ao invés de se exigir que elas o façam de modo agregado, excede substancialmente o ganho marginal de precisão na adjudicação<sup>327</sup>. Assim, mesmo que a participação instrumental seja um valor do sistema, ela não precisa ser individual, salvo se o indivíduo estiver em situação substancialmente diferente dos demais, que figuram no processo coletivo, ou se demonstrar que algum evento naquele processo fez com que os riscos de erro a ele associados sejam maiores que os normalmente aceitos pelo sistema.

Por muita resistência que se tenha a esse tipo de cálculo econômico, é preciso reconhecer que a abordagem tradicional da questão é fundada em um truísmo. Afirma-se que a participação permite que as partes exponham suas razões e suas provas o que, evidentemente, contribui para a qualidade da decisão e da implementação do direito material dela decorrente. Mas esse raciocínio trata todos os mecanismos participativos do processo em bloco – postulação, resposta,

---

<sup>325</sup> BONE, Robert G. *The Economics of Civil Procedure*. New York: Foundation Press, 2003 e, de modo geral, POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. 9th ed. Austin: Wolters Kluwer, 2014.

<sup>326</sup> BONE, Robert. Rethinking the "day in court" ideal and nonparty preclusion. In: *New York Law Review*, vol. 67, n. 2, 1992, p. 240 e ss.

<sup>327</sup> O próprio autor ressalta que a aceitação dessa conclusão se baseia na premissa de que exista uma forma de determinar se uma decisão é certa ou errada independentemente do processo.

produção de provas, audiência, recursos – impedindo a avaliação do papel de cada um deles na obtenção de uma decisão precisa. É claro que expor razões e apresentar provas auxilia na obtenção de uma decisão mais precisa. O problema é definir em que medida cada evento processual participativo contribui para esse resultado e qual o seu custo. Se o indivíduo tem deficiências financeiras ou de informações necessárias para a condução do litígio, não há motivo para crer que a atribuição a ele próprio da prerrogativa de defender seus direitos seja a solução mais eficiente para garantir o resultado materialmente adequado.

Louis Kaplow aborda esse problema afirmando, já no início de seu trabalho, que o aumento da precisão das decisões judiciais implica, em regra, aumento do custo envolvido no processo<sup>328</sup>. Para o autor, esse cálculo deve levar em conta as relações entre a imposição das normas jurídicas, a formatação do comportamento futuro, inclusive prevenindo comportamentos ilícitos, o rigor das sanções impostas às condutas antijurídicas e o risco de que elas sejam aplicadas a indivíduos “inocentes”. O equilíbrio é delicado. Por exemplo, suponha-se que a preocupação seja evitar que os inocentes sejam punidos. Um dos caminhos para reduzir o risco sistêmico para os inocentes é diminuir o rigor das sanções. Em consequência, o nível de prevenção geral de comportamentos ilícitos do ordenamento jurídico cairá, a não ser que sejam feitos mais esforços para que essas sanções, ainda que leves, sejam aplicadas. Todavia, quanto mais se aplica uma norma, maior é o risco de erro em sua aplicação, de modo que os inocentes serão expostos a mais punição, ainda que de menor rigor. Logo, o objetivo inicial não será alcançado. Desse modo, os estudos mais avançados sugerem que sejam sopesadas as implicações sistêmicas do resultado do processo e os custos sociais - financeiros, de credibilidade, de tempo, de inconsistências - necessários ao aumento da sua qualidade<sup>329</sup>.

Ainda seria possível argumentar que considerações sistêmicas não podem ser opostas aos direitos das partes e que os juízes decidem aplicando o direito a cada

---

<sup>328</sup> KAPLOW, Louis. The Value of Accuracy in Adjudication: an economic analysis. In: *The Journal of Legal Studies*, vol. 23, 1994, p. 307-401.

<sup>329</sup> Para uma discussão da qualidade das decisões no âmbito do processo administrativo de concessão de benefícios sociais, ver MASHAW, Jerry L. How much of what quality? A comment on conscientious procedural design. In: *Cornell Law Review*, vol. 65, 1980, p. 823-835. Ver também, MASHAW, Jerry L. The management side of due process: some theoretical and litigation notes on the assurance of accuracy, fairness, and timeliness in the adjudication of social welfare claims. In: *Cornell Law Review*, vol. 59, 1974, p. 772-824.



caso e não a partir de visões sistêmicas de probabilidades de erro. Esse foi o argumento central da Suprema Corte dos Estados Unidos para manter a condenação à morte de Warren McCleskey, mesmo diante de um estudo indicando que, sistemicamente, negros que cometem crimes contra brancos estavam mais sujeitos a essa punição<sup>330</sup>. Assim, uma parte tem direito a participar do processo, com o objetivo de colaborar na decisão mais acertada possível – esse objetivo é importante, ou o argumento se torna de participação essencial – independentemente do grau sistêmico de acerto relacionado à sua causa. Em outras palavras, o direito da parte não pode ser contrabalançado com o custo social do processo. A participação tende a produzir resultados mais acertados e, por isso, ela deve ser garantida. Se o Estado pudesse restringir a participação no processo em nome de custos sociais, ele estaria, por vias transversas, privando as pessoas de direitos materiais<sup>331</sup>.

Essa visão mais tradicional de processo civil, estritamente endoprocessual, vem sofrendo inúmeras críticas<sup>332</sup>. Conforme já mencionado, mesmo um teórico como Dworkin não apoia a tese de que os direitos processuais devem ser concedidos independentemente do seu custo e há outros autores nos Estados Unidos que alertam, há algum tempo, para o fato de que o conceito de justiça nas decisões deve ser verificado não apenas sob a ótica do caso, mas também do sistema<sup>333</sup>. A ideia

---

<sup>330</sup> *McCleskey v. Kemp*, 481 U.S. 279 (1987): "The Baldus study seeks to deduce a state "policy" by studying the combined effects of the decisions of hundreds of juries that are unique in their composition. It is incomparably more difficult to deduce a consistent policy by studying the decisions of these many unique entities". O estudo que levou ao questionamento da condenação é BALDUS, David C.; PULASKI, Charles; WOODWORTH, George. Comparative Review of Death Sentences: An Empirical Study of the Georgia Experience". In: *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 74, n. 3, 1983, p. 661–753. Estudando aproximadamente 2.500 casos de pena de morte no Estado da Geórgia e controlando 39 variáveis não raciais, os autores concluíram que um negro que cometesse crime contra uma vítima branca tinha 4 vezes mais chances de ser condenado à pena de morte do que em relação a vítimas brancas

<sup>331</sup> BONE, Robert. Rethinking the "day in court" ideal and nonparty preclusion. In: *New York Law Review*, vol. 67, n. 2, 1992, p. 258.

<sup>332</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais*: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 35-36. Conforme mencionado anteriormente, Arenhart sustenta que a justiça, enquanto serviço público, é condicionada a fatores externos ao processo, inclusive relativos ao custo.

<sup>333</sup> NEWMAN, Jon O. Rethinking Fairness: Perspectives on the Litigation Process. In: *Yale Law Journal*, vol. 94, 1985, p. 1643-1659. Na p. 1644 o autor afirma: "A broadened concept of fairness - one that includes fairness not only toward litigants in an individual case but also to all who use or wish to use the litigation system and to all who are affected by it - can lead to changes that directly confront the challenges of delay and expense. Rethinking the concept of fairness can produce a litigation system that broadly achieves fairness. (...) We must then determine whether that incremental benefit

de que a justiça do processo é avaliada apenas à luz dos direitos de cada parte, em cada processo, acarreta injustiças para todos os litigantes atuais e potenciais. Todo o custo social do processo precisa ser avaliado, inclusive o custo financeiro, que costuma ser considerado uma “questão menor” no Brasil<sup>334</sup>. Em um estudo na década de 1980, o Rand Institute demonstrou que, para cada dólar pago às vítimas nos processos por doenças decorrentes do amianto, foram gastos US\$ 1,56 em despesas relativas ao litígio<sup>335</sup>. É pouco provável que, no contexto de um Estado que busca ampliar o acesso à justiça mas, ao mesmo tempo, tem inúmeras outras funções, se possa sustentar que o exercício de direitos processuais esteja além de quaisquer expectativas de custo. A perspectiva de melhores resultados pode justificar uma visão instrumental de participação, mas deverá demonstrar o nexo entre o tipo de participação pretendido e o tipo de ganho dela decorrente, em uma análise de custo-benefício. Não se pode, abstratamente e em bloco, dizer que todo aumento de participação é valioso porque contribui para a melhoria da qualidade dos julgamentos.

Em razão dessa objeção, afirma Bone, os limites da participação instrumental podem ser traçados a partir das regras de coisa julgada adotadas por um sistema jurídico. De sua análise é possível inferir o quanto um sistema se preocupa com a precisão das decisões e o quanto ele está disposto a aceitar custos em nome dessas decisões, sejam custos associados à participação, sejam os custos associados a processar o litígio novamente<sup>336</sup>. Quanto mais rigoroso for um sistema em relação à coisa julgada, mais ele estará disposto a impor decisões erradas, em nome da proteção de outros valores concorrentes, como a estabilidade das relações jurídicas e a economia processual.

---

to the litigants in each case justifies the delays and consequent loss of fairness to all others affected by the litigation process (...) Fairness of system reflects the aggregate impact of the litigation process upon the lives of all actual and potential litigants”

<sup>334</sup> No sentido do texto, ver, por exemplo, GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Os reflexos do tempo no direito processual civil (uma breve análise da qualidade temporal do processo civil brasileiro e europeu). In: *Revista Jurídica Unijus*, vol. 8, n. 9, 2005, p. 139-153.

<sup>335</sup> KAKALIK, James S. et. al. *Variation in asbestos litigation compensation and expenses*. Santa Monica: Rand, the institute for civil justice, 1984, p. 89.

<sup>336</sup> BONE, Robert. Rethinking the “day in court” ideal and nonparty preclusion. In: *New York Law Review*, vol. 67, n. 2, 1992, p. p. 261.

O resultado da análise do sistema brasileiro é o mesmo que Bone obtém no sistema americano<sup>337</sup>: em ambos os países, o sistema processual não valoriza a precisão das decisões acima de quaisquer outros valores, estando disposto a aceitar o risco de decisões erradas, dependendo do que estiver em jogo. Por exemplo, a regra geral é a de que os litígios civis só podem ser processados uma vez. Ainda que o litigante tenha provas novas e robustas do equívoco ou da probabilidade de modificação de uma decisão transitada em julgado, ele terá que se conformar com ela, exceto em casos excepcionais. Isso vale mesmo se tais provas não tiverem sido utilizadas no primeiro julgamento por razões alheias à sua vontade, ainda que por má-fé da parte contrária. No Brasil, a regra da coisa soberanamente julgada implica que, salvo raras exceções, após dois anos do trânsito em julgado, o sistema processual civil está disposto a impor praticamente qualquer decisão judicial, por mais graves que sejam seus vícios. Isso demonstra que o sistema processual considera que o custo social de se admitir a reiteração de demandas julgadas é superior ao benefício decorrente do aumento da probabilidade de obtenção de uma decisão mais precisa na segunda lide<sup>338</sup>.

Nesse contexto, é possível concluir que, em nome de outros valores, o sistema está disposto a abrir mão de um padrão ideal de qualidade das decisões, dependendo dos custos necessários para alcançá-lo. Admite-se a possibilidade de que decisões sejam erradas e, mesmo assim, vinculantes. O ordenamento processual tolera os

---

<sup>337</sup> Idem, ibidem.

<sup>338</sup> O sistema processual brasileiro é, de fato, altamente tolerante com decisões possivelmente erradas, em nome da preservação da coisa julgada. Em um caso extremamente delicado, como o da determinação de paternidade realizada sem exame de DNA, porque não disponível à época da demanda original, o Superior Tribunal de Justiça chegou a firmar entendimento no sentido de que "se está afirmada a paternidade com base nas provas então disponíveis, não é possível pretender a anulação do registro que daí decorre" (REsp 435.102, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 20.9.2005). O STJ estava disposto, portanto, a obrigar que uma relação de paternidade permanecesse eternamente duvidosa na realidade, em nome da certeza jurídica. Apenas quando o Supremo Tribunal Federal julgou o RE 363.889/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 16/12/2011, o o STJ mudou de entendimento, como se observa, por exemplo, no REsp 895.545/MG, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJe 25/02/2014. Mesmo assim, a questão não está de todo definida. Neste último julgado, votaram vencidos os Ministros Nancy Andrighi e Paulo Sanseverino, ao argumento de que a decisão do Supremo Tribunal Federal se aplicava apenas às ações de investigação de paternidade julgadas improcedentes por falta de provas e não às ações negatórias de paternidade. No próprio Supremo Tribunal Federal, houve dois votos vencidos por ocasião da decisão do RE 363.889, embora a maioria tenha afirmado, com razão, que "não devem ser impostos óbices de natureza processual ao exercício do direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanção do direito de personalidade de um ser, de forma a tornar-se igualmente efetivo o direito à igualdade entre os filhos, inclusive de qualificações, bem assim o princípio da paternidade responsável". Como se nota, mesmo em caso extremo, o sistema resiste a permitir a rediscussão de causas julgadas.

erros, mesmo quando reconhece que procedimentos mais caros poderiam eliminá-los<sup>339</sup>. Por consequência, se, na concepção instrumental da participação, o cidadão tem o direito de participar do processo porque poderá contribuir para uma decisão mais acurada, impõe-se a conclusão de que o ordenamento jurídico poderá restringir ou mesmo eliminar essa participação, se outros valores mais importantes que o aporte de qualidade que aquela participação poderia ocasionar estiverem em jogo. Por essa razão, há uma forte objeção sistêmica à compulsoriedade de participação instrumental, pelo menos como regra aplicável indiscriminadamente a todos os casos. Como diz Robert Bone, “o sistema processual existente não valoriza o dano moral [no sentido utilizado por Dworkin] suficientemente para banir normas processuais que obtêm benefícios sociais ao custo de algum aumento na possibilidade de risco de erro nas decisões”<sup>340</sup>.

O desafio final da participação instrumental está em determinar se ela, efetivamente, assegura melhores resultados substanciais. Jerry Mashaw afirma que não, pelo menos não em todos os contextos. Trabalhando com a questão relativa aos processos administrativos de corte de benefícios sociais, Mashaw afirma que uma estrutura participativa pode, dependendo da situação, ter o efeito colateral de gerar oposição entre os envolvidos – cada parte “se entrincheira” por trás de sua posição – e, por isso, se tornar insignificante do ponto de vista do resultado<sup>341</sup>. Essa crítica não é muito diferente das dirigidas ao processo judicial pelos defensores dos métodos alternativos de solução de conflitos, aludindo à cristalização das posições assumidas

---

<sup>339</sup> “Our current system tolerates procedural error even when expensive procedures might reduce it, and we do not believe that a moral wrong or a rights violation has occurred every time some procedure marginally increases the error risk. Furthermore, if a substantive right implied a right to a perfectly accurate outcome, parties would be entitled to demand that the community invest resources in procedure at a level that maximized accuracy regardless of cost. Any system that recognized such a right could easily find itself morally committed to a disastrous level of financing for adjudication”. BONE, Robert G. *Statistical Adjudication: Rights, Justice, and Utility in a World of Process Scarcity*. In: *Vanderbilt Law Review*, vol. 46, 1993, p. 561-664.

<sup>340</sup> BONE, Robert. Rethinking the “day in court” ideal and nonparty preclusion. In: *New York Law Review*, vol. 67, n. 2, 1992, p. 263.

<sup>341</sup> MASHAW, Jerry L. The management side of due process: some theoretical and litigation notes on the assurance of accuracy, fairness, and timeliness in the adjudication of social welfare claims. In: *Cornell Law Review*, vol. 59, 1974, p. 772-824.

pelas partes<sup>342</sup>. Assim, mesmo em sua forma mais fraca, é impossível afirmar que a participação, em todos os casos, contribui para decisões melhores.

### 3.12 Uma nova ideia de participação processual

Ante todo o exposto, é possível concluir que, ao contrário do que parecem indicar os eloquentes discursos doutrinários e jurisprudências, a participação no processo não é assim tão valorizada pelo sistema vigente, nem enquanto elemento instrumental do processo e, ainda menos, como elemento essencial dele.

A participação não é um elemento essencial do processo, da perspectiva do exercício da democracia, porque tanto os elementos da democracia, quanto os requisitos de participação, variam no tempo de modo independente, sem que seja possível estabelecer relação entre o nível de participação processual exigida por um conceito específico de democracia, nem relação causal entre as mudanças nos limites da participação processual e os avanços ou retrocessos da democracia. A democracia se desenvolve em diversos espaços e é pouco provável que o processo civil seja um dos mais relevantes ou sensíveis para a população.

A participação também não é um elemento essencial do processo porque isso seria incompatível com a visão prevalente de que o processo é um instrumento para a realização de direitos materiais. A coerência dessa ideia exige que todos os elementos do processo sejam reputados instrumentais, inclusive a participação e, dentro dela, o contraditório. Se um dos elementos passar a ser considerado essencial, no sentido de que deve ser concretizado independentemente dos benefícios dessa operação para a realização dos direitos materiais, esse elemento passaria a ser um fim em si mesmo e, conseqüentemente, um fim do processo, ao lado da realização do direito material. Assim sendo, o processo seria instrumento de realização de direitos materiais e de participação do cidadão na democracia ou de realização de sua dignidade, e assim por diante. Poderia parecer atraente resolver o

---

<sup>342</sup> Ver, por exemplo, WILDE, Zulema D. e GAIBROIS, Luís M. *O que é a mediação?* Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

problema dessa forma, abandonando uma rígida concepção instrumental do processo, em nome de outra, que alie preocupações instrumentais e participativas. Essa simpatia é apenas aparente. Há poucos indícios de que as pessoas reais, em situações reais de processo civil, valorizem sua participação como elemento essencial à realização de sua dignidade ou da democracia, acima do benefício material que esperam obter com o resultado do processo, até porque, na maior parte do tempo, a participação ocorre apenas entre os operadores do direito, não entre as partes envolvidas.

Por outro lado, mesmo tratada da perspectiva instrumental, a participação encontra dificuldades de se afirmar como um direito que exigiria controle do litígio pelos titulares do direito. A participação, vista como um instrumento, será sempre meio para alcançar um fim e só será valiosa até o limite no qual contribua para esse fim. Se o fim a ser alcançado for o mais tradicionalmente referido, qual seja, a realização de direitos materiais, não há indícios convincentes de que a participação – pelo menos a participação individual – seja necessária para tal finalidade. Não seria impossível conceber mecanismos de adjudicação que excluíssem totalmente a participação dos titulares dos direitos, criando, ao invés, outras soluções, igualmente eficazes ou eventualmente melhores, para a garantia de adequação das decisões. Quando se considera a desigualdade fática entre as partes, como a que ocorre, por exemplo, entre um agente econômico que causa lesões a milhares de consumidores dispersos, é provável que a coletivização das demandas, mesmo que com o sacrifício total da participação, propicie aos lesados maiores possibilidades de obtenção de tutela adequada de seus direitos do que o ajuizamento de demandas individuais. Além disso, se o fundamento da participação for apenas permitir que sejam proferidas decisões mais precisas, ela está a serviço de um valor que o ordenamento jurídico, em muitas ocasiões, descarta em favor de outros. O rigor com que são estabelecidas as regras de coisa julgada denotam que o sistema prefere tolerar decisões erradas a permitir que os litígios civis sejam julgados mais de uma vez, ainda que a parte demonstre a existência de indícios concretos de que a segunda decisão tenha possibilidade de adjudicar com maior precisão o direito material subjacente.

Nesse quadro, a análise refuta os elementos inicialmente apontados, para afirmar que a participação no processo ou, caso se prefira, o contraditório, não é um direito que possa ser reputado essencial ou inerente à estrutura do processo civil brasileiro, não estando diretamente vinculada a garantias de dignidade, de democracia ou de satisfação do indivíduo em relação ao processo. O contraditório é constitucionalmente garantido apenas como um instrumento para a realização dos direitos materiais e deve ser exercido nos limites em que contribui para tal finalidade e de acordo com considerações sistêmicas que vão além da controvérsia endoprocessual travada pelas partes. Acidentalmente, ele pode contribuir para a democracia, a dignidade ou a satisfação dos indivíduos, mas também poderá ser, e efetivamente é, afastado, se outros valores que o ordenamento jurídico reputar mais elevados estiverem sendo obstaculizados por demandas de participação. Não existem, lembram sempre os juristas, direitos absolutos<sup>343</sup> e a participação não é exceção.

Isso não significa, ressalte-se, que o contraditório é desimportante, ou que o processo civil possa ser desenhado sem qualquer preocupação com a forma como se desenvolve, desde que os resultados sejam adequados. O direito de participar do processo está profundamente inserido nas noções de justiça do mundo ocidental e há razões morais que embasam sua existência. Ser um valor instrumental não significa não ter valor, mas sim a necessidade de ser encarado no contexto de um sistema que busca estabelecer processos justos para além das partes que figuram em cada uma das demandas ajuizadas, tendo em conta todos os milhões de litígios que se apresentam ao Poder Judiciário a cada ano. O exemplo de Robert Summers<sup>344</sup> contra a noção de participação instrumental, uma situação hipotética em que o processo fosse conduzido por um justiceiro, sem participação dos interessados, e chegasse ao resultado materialmente adequado, significa apenas que existem formas de se aferir a qualidade de um processo, independentemente de seu resultado. Um processo conduzido por um justiceiro é mau enquanto processo, mas dessa constatação não decorre a possibilidade de orientar políticas concretas

---

<sup>343</sup> Para citar uma obra entre muitas, MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Martins. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 231.

<sup>344</sup> SUMMERS, Robert S. Evaluating and improving legal processes - a plea for "process values". In: *Cornell Law Review*, vol. 60 n. 1, 1974, p. 1-52.

sobre quanta participação processual é necessária ou desejada em cada caso. Também não significa que, fora de exemplos extremos, tais como o utilizado pelo autor, seja proibida a existência de processos totalmente não participativos, não por capricho, mas em nome de outros objetivos sistemicamente valiosos, devidamente sopesados pelo legislador.

O fato da participação ser instrumental não significa que ela possa ser suprimida com o deliberado propósito de prejudicar o cidadão. Todavia, se for possível encontrar arranjos institucionais que restrinjam ou mesmo suprimam a participação por motivos sistemicamente valiosos e, ao mesmo tempo, sejam capazes de realizar os direitos materiais envolvidos no litígio, não haverá motivo para reputá-los inconstitucionais. Isso significa que a lei nunca poderá fazer um juízo antecipado de quem tem “menos direitos” ou tem o direito “menos importante” e, por essa razão, restringir a sua participação. O processo pode restringir a participação se encontrar outras formas de realizar direitos, não para suprimi-los por vias transversas. Assim, não há risco de que a construção instrumental se transforme em puro maquiavelismo, porque o fundamento da instrumentalidade é a realização de direitos materiais e isso a ancora no respeito ao indivíduo. Não existe aqui o dilema moral verificado, por exemplo, no debate sobre a possibilidade de se restringir direitos processuais de terroristas, em nome da descoberta de novos fatos que preservarão a vida de futuras vítimas. Se a supressão de garantias processuais impedir a realização de direitos materiais envolvidos no litígio, ela não será amparada por uma visão instrumental do processo como a apresentada, por mais convincentes que sejam os motivos que a sugiram<sup>345</sup>.

A instrumentalidade da participação não decorre de um balanceamento entre seu valor e os direitos materiais das partes, mas sim da demonstração de que o processo, enquanto instrumento de realização desses direitos, não sofre prejuízos significativos sem ela. Se a participação fosse essencial, a conclusão seria a oposta: todos os processos deveriam oportunizar o comparecimento de todos os interessados, independentemente dos eventuais benefícios que pudessem dela decorrer. A participação instrumental advoga que, se não se pode antever qualquer

---

<sup>345</sup> Para uma análise interessante, ainda que absolutista em termos morais, da existência de parâmetros globais de justiça processual, ver MAY, Larry. *Global justice and due process*. New York: Cambridge University Press, 2011.



vantagem para a realização dos direitos materiais litigiosos, em razão da oportunidade participativa, ela não deve existir. Por essa razão, a participação instrumental não é uma concepção que coloca os direitos do indivíduo abaixo de considerações sistêmicas. Os direitos individuais são considerados para a construção do sistema, que deverá avaliar as possibilidades de ganho para sua realização, decorrentes das oportunidades participativas. Quanto menores forem essas possibilidades, menos razões haverá para conceder tais oportunidades, sem que isso signifique que o processo se torna menos democrático ou menos protetor da dignidade dos envolvidos.

A participação instrumental, portanto, têm dois condicionantes: o indivíduo tem o direito de participar do processo se sua participação for relevante para a realização dos direitos materiais litigiosos e nos limites definidos pelo contexto sistêmico no qual o processo se insere. Assim, a afirmação de que a participação é a melhor forma para se obter um resultado material adequado não deve ser vista como um postulado desvinculado da realidade, mas como uma hipótese que demanda verificação empírica. Além disso, é legítimo que um sistema processual pouco sobrecarregado conceda maiores oportunidades participativas que um sistema altamente congestionado, no qual estas poderiam contribuir decisivamente para a redução do potencial de realização dos direitos materiais, senão em um caso específico, nos outros que com ele dividem a estrutura disponível. A restrição ou supressão da participação é condicionada pela avaliação da sobrecarga do sistema jurídico e da possibilidade de obtenção de resultados materiais adequados em sua ausência.

É certo que os direitos fundamentais não são meros instrumentos de realização de políticas governamentais. A participação no processo é, primordialmente, uma garantia individual<sup>346</sup>. Mas seu conteúdo é definido instrumentalmente, tendo como referência a efetiva contribuição para a realização de direitos materiais. A

---

<sup>346</sup> Nesse sentido, NOTE. Specifying the procedures required by due process: toward limits on the use of interest balancing. In: *Harvard Law Review*, vol. 88, 1975, p. 1510-1543. Consta na p. 1525: "...an analysis which focuses on relative costs may not properly protect the individual in the more usual situation where the challenged procedures have been fashioned by other branches of government after comprehensive consideration of conflicting interests. (...)The constitutional ideal of due process of law should cherish fair treatment for the individual more than incremental accretions of group welfare".

participação auxilia na construção de um processo mais democrático, que incute um (certo) senso de legitimidade da decisão, e colabora para que esta seja mais aderente à realidade do direito material. Como diz Laurence Solum<sup>347</sup>, participação, resultado adequado e consideração com os custos processuais são três elementos entremeados e com um papel importante a desempenhar no sistema. Mas não se pode inverter a equação e afirmar que, por ser uma garantia constitucional, o contraditório exige participação incondicionada dos titulares do direito, independentemente da contribuição que dela decorra, com o argumento de que ele ampara a legitimidade do Judiciário, do processo ou da democracia. Como diz Doug Rendleman, os famintos querem comida, não querem devido processo. O locatário empobrecido, que sofre uma ação de despejo, aprecia ser notificado previamente, para que possa recolher seus pertences. Mas o que ele queria mesmo é não ser despejado<sup>348</sup>. A legitimação do Poder Judiciário só poderá ser encontrada na realização de direitos materiais, não nos meios que utiliza para tanto.

### 3.13 Processos representativos em perspectiva histórica

Se forem aceitas as conclusões expostas acima, será possível afirmar que existe abertura constitucional para que o legislador discipline litígios representativos. Não há objeções a que o sistema impeça determinados titulares de direitos de participar de um processo, desde que o faça em nome de outros valores que o ordenamento jurídico reputa mais elevados e adote medidas para assegurar a qualidade do resultado final do litígio.

Todavia, essa afirmação só resolve o primeiro dos problemas propostos neste tópico, relativo à impossibilidade de se aceitar constitucionalmente a existência de processos cujos resultados sejam vinculantes para pessoas que deles não

---

<sup>347</sup> SOLUM, Laurence. Procedural justice. In: *Southern California Law Review*, vol. 78, 2004, p. 181-321. Deve-se observar que, ao contrário do texto, o autor defende um direito de participação que, embora combinado com os demais atributos, tem status próprio e se caracterizaria, de acordo com a classificação aqui exposta, como participação essencial.

<sup>348</sup> RENDLEMAN, Doug. The new due process: rights and remedies. In: *Kentucky Law Journal*, vol. 63, 1975, p. 531-674.

participaram. Mas isso não responde a) quais são os limites para que o legislador possa estabelecer litígios representativos ou, b) quais são os requisitos da representação. Obter essas respostas, de modo a evitar esvaziar completamente o contraditório como garantia, demanda que se investigue o próprio conceito de representação. Se é constitucional que existam ações de natureza representativa, em que pessoas serão vinculadas sem que participem do processo, o conceito de representação desempenhará papel central nesse esquema. Conforme se explicitou inicialmente, afirmar apenas que a representação substitui a participação quer dizer muito pouco, quando não se define um conceito de representação. Pior que isso, abre-se a possibilidade de que o legislador possa criar litígios representativos em uma variada gama de situações. Terceiro, é preciso justificar a constitucionalidade da representação involuntária, como a que ocorre no processo coletivo e, mais ainda, da representação compulsória, existente em sistemas que não admitem que o representado requeira sua exclusão da lide representativa.

Para que esse caminho possa ser percorrido, é necessário apresentar o histórico dos litígios representativos, no intuito de propiciar a compreensão da origem da ideia de que alguém pode ser vinculado à decisão de um processo alheio. Como foi possível que, em um processo construído, após a Revolução Francesa, sob a ótica predominante do individualismo e da participação essencial de cada titular do direito, permanecessem existindo ações radicalmente afastadas desses ideais? Conforme será demonstrado, a diferença contextual existente entre as ações coletivas medievais e mesmo as que surgiram no início da modernidade, de um lado, e as ações contemporâneas, de outro, é crucial para que se compreenda a dificuldade de um litígio representativo na sociedade atual, marcada pela pluralidade. Exposto o histórico das ações coletivas, se abordará o conceito de representação e a multiplicidade de significados que engloba, para definir de qual representação se trata quando se pretende fazer uso desse instituto no âmbito do processo. Da mesma forma que se recorreu à sociologia para estabelecer um novo conceito de titularidade de direitos transindividuais, é preciso recorrer à ciência política para esclarecer o que significa afirmar que um legitimado coletivo representa o titular do direito em uma ação, bem como quais são os limites dessa representação. A participação como elemento instrumental do processo, a compreensão adequada do histórico das ações representativas e a depuração do conceito de representação são

três requisitos necessários para o estudo dos modelos processuais representativos na atualidade.

### 3.13.1 Aspectos históricos das ações coletivas na Inglaterra

Diversos autores encontram um antecedente moderno das ações coletivas na legitimação dos cidadão para a tutela dos interesses difusos na *actio pro populo* ou *actio popularis*<sup>349</sup> do direito romano<sup>350</sup>. Ainda que a legitimidade para o ajuizamento dessas ações fosse expressamente reconhecida a qualquer cidadão<sup>351</sup>, a doutrina ressalta a dificuldade de se transpor os conceitos de legitimidade oriundos do direito romano para as noções atuais de representação e substituição processual<sup>352</sup>, de modo que elas devem ser vistas mais como referência histórica do que como antecedente propriamente dito<sup>353</sup>. Além disso, por muito valor que se queira dar ao

<sup>349</sup> Trata-se, em verdade, de dois institutos com perfil distinto. Na *actio pro populo*, o cidadão age em nome próprio, mas o resultado da condenação beneficia o erário. Na *actio popularis*, que inclui ações como a *actio de sepulchro violato*, *de albo corrupto*, *de efusis vel deiectionis*, *de posito et suspenso* o resultado da condenação se reverte em favor do autor. Cf. FADDA, Carlo. *L'azione popolare: Studio di diritto romano ed attuale*. I. Parte Storica. Torino: Unione tipografico-editrice, 1894, p. 295.

<sup>350</sup> Nesse sentido, CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Direito de Acesso à Justiça Constitucional. In: *Estados da Conferência das Jurisdições Constitucionais dos países de língua portuguesa*. Luanda, 2011, p. 8-9. Ver também SOUSA, Miguel Teixeira de. *A legitimidade popular na tutela dos interesses difusos*. Lisboa: Editora Lex, 2003.

<sup>351</sup> FADDA, op. cit., p. 297. Consta das Institutas de Justiniano: “4.10 nunc admonendi sumus, agere posse quemlibet aut suo nomine aut alieno. Alieno veluti procuratorio, tutorio, curatorio, cum olim in usu fuisset, alterius nomine agere non posse nisi pro populo, pro libertate, pro tutela”, que poderia ser traduzido como “Agora temos de ser advertidos de que qualquer um pode agir (promover ação) ou em seu nome ou no (nome) alheio. No alheio, como procurador, tutor ou curador, conforme o uso da ocasião; em nome de um ou de outro não é possível agir, salvo em favor do povo, da liberdade, da tutela”.

<sup>352</sup> Ver: PUGLIESE, Giovanni. *Il processo civile romano*. ii.1 Il processo formulare, Milano, 1963, pp. 318.

<sup>353</sup> Salvatore Sciortino expõe várias dessas dificuldades. No caso do autor *popularis*, mesmo que sua ação interessasse coletivamente, ela se fazia, a rigor, por interesse próprio, dado que o resultado da ação era revertido para si. No caso da *actio pro populo*, não havia uma clara distinção conceitual entre o sujeito que agia e o sujeito em favor do qual se agia, porque o *populo* romano era concebido como uma pessoa jurídica indistinta de seus membros, diferentemente da concepção do Estado na modernidade (“...né la distinzione tra singolo civis e populus di appartenenza poteva dirsi esistente al tempo in cui erano in vigore le legis actiones: verrà compiuta solo in età severiana”). SCIORTINO, Salvatore. Lege agere pro tutela. In: *Iuris Antiqui Historia: an international journal on ancient law*. Pisa e Roma: Fabrizio Serra Editoriale, 2009, p. 159-193. No sentido criticado, ver ROQUE, André Vasconcelos. Origens históricas da tutela coletiva: da *actio popularis* romana às class actions norte-americanas. In: *Revista de Processo*, vol. 188, 2010, p. 101 e ss.

instituto romano, é certo que ele desaparecerá com o fim do Império, e o surgimento das ações coletivas na modernidade não se deve a qualquer forma de continuidade com a criação romana, mas à influência da experiência anglo-saxônica.

Relativamente à história das ações representativas anglo-saxãs, Stephen Yeazell, adverte, de início, de que o contexto social do surgimento das ações coletivas é muito distinto do atual e esse é o motivo que acarreta tanta estranheza quanto a sua formulação<sup>354</sup>. Nunca existiu, nas ações coletivas medievais, uma “teoria geral” que se aplicasse a quaisquer grupos. A litigância coletiva teve, nesse período, características altamente locais e circunstanciais, que variavam de acordo com o grupo que nela estava envolvido. Esses grupos, além de altamente coesos, não estavam mergulhados na cultura individualista atualmente predominante, de modo que a pretensão de transpor essas ações para um cenário moderno completamente distinto é desafiadora<sup>355</sup>. Assim, ainda que afirme a existência de ações coletivas nos últimos oito séculos, o que Yeazell ressalta reiteradamente é que o contexto social importa. A sociedade medieval estava organizada em grupos. Litigar em grupo era uma consequência natural dessa organização. “Onde aldeias, paróquias, guildas e outras unidades similares eram o centro da vida econômica e social, a aparição desses grupos em juízo, litigando por intermédio de representantes, não era mais notável do que seria hoje um litígio ajuizado por uma pessoa jurídica”<sup>356</sup>. Por essa razão, Yeazell critica as perspectivas que tentam buscar legitimidade para as ações de representativas atuais nas ações medievais, como se fosse possível transpor os litígios entre paroquianos e vigário, ou entre senhor feudal e servos, para a

---

<sup>354</sup> YEAZELL, Stephen C. *From medieval group litigation to the modern class action*. New Haven: Yale University Press, 1987, p. 8. No Brasil, alguns autores já se dedicaram ao tema, com maior ou menor grau de detalhamento. Ver LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998; GIDI, Antônio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007; ROQUE, André Vasconcelos. Origens históricas da tutela coletiva: da actio popularis romana às class actions norte-americanas. In: *Revista de Processo*, vol. 188, 2010, p. 101 e ss.; PINTO, Luis Filipe Porto Sá. Técnicas de tratamento macromolecular dos litígios - tendência de coletivização da tutela processual civil. In: *Revista de Processo*, vol. 185, 2010, p. 117 e ss.; CAVALCANTI, Marcos de Araújo. O desenvolvimento das ações coletivas estrangeiras e a influência exercida no direito processual coletivo brasileiro. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 940, 2014, p. 89 e ss.

<sup>355</sup> “The contemporary class action draws both its efficacy and its controversial status from a theory that was invented by judges and lawyers at the dawn of modern era to enable this dinosaur to survive in a changed world”. YEAZELL, Stephen C. *From medieval group litigation to the modern class action*. New Haven: Yale University Press, 1987, p. 8.

<sup>356</sup> Idem, p. 21.

contemporaneidade, esquecendo as peculiaridades da organização social que os cercavam<sup>357</sup>.

Já na modernidade, os historiadores costumam traçar as origens das ações coletivas ao século XVII, a partir do caso *How v. Tenants of Bromsgrove*<sup>358</sup>, julgado em 1681, relativo a uma ação ajuizada por um senhor feudal para definir as obrigações de seus servos. Outro precedente quase simultâneo foi *Brown v. Vermuden*, em 1676. O vigário de Worselworth, Reverendo Carrier, havia processado os mineradores de sua paróquia, demandando o pagamento de obrigações financeiras devidas à igreja. O grupo nomeou quatro representantes para a causa e perdeu. Mas um dos mineradores, Vermuden, processou o novo Reverendo, Brown, alegando que não estava obrigado a cumprir a decisão anterior, por não ter participado do processo. O *Lord Chancellor* decidiu que não só ele, como todos os demais mineradores da localidade, estavam vinculados à decisão<sup>359</sup>. Os casos foram conduzidos perante as cortes de *Equity*, com maior flexibilidade procedimental que as de *Law*, emitindo-se, ao final, um *bill of peace*. O *bill of peace* era uma técnica adotada nas *Equity Courts* com o objetivo de resolver situações envolvendo multiplicidade<sup>360</sup> de pessoas que travassem disputas com elementos comuns. Caso a Corte aceitasse o processo como um *bill of peace*, todos os membros do grupo seriam vinculados à decisão, independentemente de comparecerem ou não ao processo. Até 1873, o *bill of peace* estava restrito a provimentos (que hoje seriam equivalentes a) declaratórios e mandamentais. Neste ano, com a fusão entre as cortes de *Law* e *Equity*, passou a ser possível também o provimento condenatório.

Yeazell propõe retroceder essa história ainda antes de *How*, apresentando um precedente de 1199, no qual um pároco processou os seus paroquianos para

---

<sup>357</sup> Idem, p. 25.

<sup>358</sup> CHAFEE JR., Zechariah. *Some problems of equity*. Ann Arbor: University of Michigan Press, 1950, p. 157-158. O relato mais completo dos casos pode ser encontrado em GREAT BRITAIN. *Reports of cases argued and determined in the High Court of Chancery*. 14<sup>th</sup> Ed. Vol. 1. London: W. Clarke and Sons, 1819, p. 572.

<sup>359</sup> MARCIN, Raymond B. Searching for the Origin of the Class Action. In: *Catholic University Law Review*, vol. 23, 1974, p. 515-524.

<sup>360</sup> O grupo era referido como "multitude".

demandar-lhes obrigações para com a Igreja<sup>361</sup>. Martin, o pastor, processou “os paroquianos”, não como indivíduos especificados, nem como uma pessoa jurídica ou corporação, mas simplesmente como um grupo, e alguns deles foram chamados para atuar em nome dos demais. Em 1256, o autor encontra um outro caso em que três habitantes de Helpingham processaram, “por si mesmos e por toda a comunidade”, duas pessoas de Donington e toda a comunidade, assim como quatro pessoas de Bykere e toda a comunidade da vila, por não terem auxiliado a comunidade à qual os autores pertenciam a reparar diques na região<sup>362</sup>.

O que existe de peculiar nesses casos, prossegue o autor, é que a possibilidade de que esses processos fossem ajuizados por ou contra esses grupos, até onde se sabe, sequer foi discutida. Os registros mostram os julgadores preocupados com o mérito das causas e não com questões que atualmente seriam chamadas de preliminares. Assim, Yeazell afirma que, se os medievais inventaram as ações coletivas, o fizeram com uma singular falta de atenção aos problemas que hoje são preocupantes – adequação da representação, conflitos de interesses ou mesmo os contornos exatos do grupo envolvido. A resposta para essa naturalidade é o contexto. O mundo medieval não era o do indivíduo, mas o da coletividade. Conforme já explicitado no Capítulo 2, com base em Tönnies<sup>363</sup>, a solidariedade existente em grupos pré-modernos, com papéis sociais menos diferenciados, cria um conceito de comunidade que se perdeu, salvo em pequenos grupos, com a modernidade. A idade média, afirma Susan Reynolds, deve ser compreendida em termos de ação coletiva<sup>364</sup>. A agricultura coletivista nos feudos, a oração coletiva nas igrejas e uma organização política e jurídica eminentemente local criaram interdependências entre os indivíduos que propiciaram a formação de comunidades no sentido sociológico. Mesmo nas cidades, a substituição do elemento agrícola pela

---

<sup>361</sup> YEAZELL, Stephen C. *From medieval group litigation to the modern class action*. New Haven: Yale University Press, 1987, p. 38. O autor observa que os registros desses processos são fragmentários, devendo quaisquer conclusões ser tiradas com cautela.

<sup>362</sup> Idem, ibidem. Yeazell atribui o fato de historiadores anteriores ignorarem esses casos à publicação, em 1985, de uma coletânea de julgados até então inéditos. Além disso, historiadores anteriores estavam focados em outros elementos, que não o desenvolvimento das ações coletivas.

<sup>363</sup> TÖNNIES, Ferdinand. *Comunidad y Sociedad*. Buenos Aires: Losada, 1947.

<sup>364</sup> REYNOLDS, Susan. *Kingdoms and Communities in Western Europe 900-1300*. 2. Ed. Oxford: Oxford: Clarendon Press, 1997, p. 12.

guilda acarretava um cenário relativamente similar<sup>365</sup>. Em uma estrutura social de dimensões reduzidas e de forte estabilidade, as pessoas se conheciam e se reconheciam com facilidade, convivendo cotidianamente em todos os principais ambientes nos quais transcorria a vida<sup>366</sup>.

Yeazell demonstra que o grupo litigava coletivamente porque agia coletivamente na assunção de obrigações, inclusive jurídicas, perante outros feudos ou perante o senhor feudal. Um interessante exemplo dessa realidade é o instituto denominado *frankpledge* ou responsabilidade comunal. Ele estabelecia um laço compulsório entre os homens que vivessem em localidades próximas, relativo a várias obrigações, dentre elas apresentar à justiça qualquer membro do grupo acusado de crimes, reparar diques e pontes, receber a cabeça de alguém que fosse decapitado pela justiça etc. A falha no cumprimento dessas obrigações era imputável ao grupo como um todo<sup>367</sup>. O litígio coletivo, portanto, era mera consequência da vida coletiva e de obrigações coletivamente assumidas<sup>368</sup>.

Esse contexto social está ausente na modernidade. Se hoje o objetivo das ações coletivas é dar tutela a lesões que não seriam tuteladas sem elas, ou por se encontrarem difusas na sociedade, ou por seu reduzido impacto individual, no medievo as ações coletivas eram consequência do caráter coletivo da relação jurídica subjacente. Atualmente, os indivíduos representados em um processo quase nada têm em comum além de terem sofrido uma lesão similar, enquanto na Idade Média, a relação entre os membros da classe, e destes com a parte contrária,

---

<sup>365</sup> Yeazell, op. cit., p. 42.

<sup>366</sup> É essencial considerar que, assim como o contexto social era diverso, também era distinto o contexto judicial. A função jurisdicional não estava separada da função administrativa, ambas sendo realizadas, em muitas situações, pelas mesmas pessoas e com os mesmos procedimentos. Para uma interessante discussão sobre o processo medieval inglês, ver WHITE, Albert Beebe. *Self Government at the king's command*. Minneapolis: The University of Minnesota Press, 1933. Entre as muitas passagens que soam inusitadas para o leitor contemporâneo, o autor exemplifica (p. 42) que se alguém se valesse de fraude para acarretar o não comparecimento do adversário perante o tribunal (essoined his adversary through fraud), estava sujeito a ter suas terras apreendidas e transferidas para a coroa.

<sup>367</sup> WHITE, Albert Beebe. *Self Government at the king's command*. Minneapolis: The University of Minnesota Press, 1933, p. 23-24.

<sup>368</sup> YEAZELL, Stephen C. *From medieval group litigation to the modern class action*. New Haven: Yale University Press, 1987, p. 48-56.



preexistia ao processo e continuaria existindo depois dele<sup>369</sup>. Por isso, permitir que alguns de seus membros processassem ou fossem processados em nome de todos não era algo notável, nem para as partes, nem para os órgãos encarregados da decisão. Por outro lado, da perspectiva do soberano, não era interessante desafiar a lógica coletiva de imposição das obrigações, eis que ela prevalecia em favor da Coroa. Se o monarca concedia direitos de uso de uma terra a uma comunidade de pessoas, incidia sobre elas uma obrigação coletiva de pagamento da contraprestação devida, que era exequível contra o grupo, representado por alguns de seus membros. Voltar-se contra a possibilidade do grupo agir enquanto tal colocaria em risco as finanças reais<sup>370</sup>.

Essa herança de costumes locais ainda prevalecerá, segundo Yeazell, no século XVII, mesmo com o fim do feudalismo. Embora livres, os habitantes das vilas mantinham os mesmos costumes coletivistas da idade média, tanto na esfera econômica, quanto social e religiosa. A paróquia, inclusive, continuava sendo uma unidade de governo local e as guildas continuavam dominando a vida econômica das cidades<sup>371</sup>. Como o próprio sistema de governo dependia dessas entidades

---

<sup>369</sup> Idem, p. 58. É por essa razão que, de acordo com o autor, nas ações coletivas medievais, a classe é, em regra, ré, enquanto na atualidade, ela é autora. A ação coletiva não era um caminho de libertação ou de ganho de poder, tal como representa atualmente.

<sup>370</sup> Idem, p. 68. É curioso notar que essa lógica de imposição coletiva de obrigações financeiras sobre o grupo prevaleceu também no Brasil colônia, como demonstra com clareza o incidente da “derrama”, que desencadeou a Inconfidência Mineira. Durante o ciclo do ouro, foi estabelecida pela Coroa portuguesa a obrigação de que os “homens bons” que recebiam concessões minerárias vertessem para a coroa o equivalente a 100 arrobas anuais de ouro (aproximadamente 1,5 tonelada), o conhecido “quinto do ouro”. Caso esse montante não fosse atingido, implementava-se o sistema da derrama, que cobrava a diferença de todos, independentemente do valor que cada um já tivesse recolhido anteriormente. A obrigação era assumida, perante a Coroa, pelos “moradores da região”, incidindo sobre todos, indistintamente, ainda que, internamente, as câmaras municipais coloniais estabelecessem cálculos per capita para a distribuição da dívida entre os colonos. Embora não tenha sido implementada por ocasião da Inconfidência, a derrama chegou a ocorrer em 1763-64 e em 1771-72. Ver MAXWELL, Kenneth. *A devassa da devassa*. A Inconfidência Mineira: Brasil e Portugal 1750-1808. São Paulo: Paz e Terra, 1985. Ver também GASPAR, Tarcísio de Souza. Derrama, boatos e historiografia: o problema da revolta popular na Inconfidência Mineira. In: *Revista Topoi*, v. 11, n. 21, 2010, p. 51-73. Gaspar alerta que, embora não se saiba muito sobre a derrama, ela “não aparece como prática tributária individual (...) É plausível supor que as dívidas dos grupos sociais dependentes, sob a tutela desta elite, deveriam ser quitadas no interior de relações de clientela e apadrinhamento. Vale dizer: caso lançada a derrama, os senhores e proprietários pagariam os valores tributários de seus escravos, de suas clientelas e/ou de seus dependentes, custeando, assim, partes substanciais do montante total” (p. 65-67).

<sup>371</sup> Há uma polêmica, relata Yeazell, acerca de a partir de quando os juristas ingleses desenvolveram uma teoria da personalidade jurídica que os permitisse considerar a corporação como uma entidade separada de seus membros. YEAZELL, Stephen C. *From medieval group litigation to the modern class action*. New Haven: Yale University Press, 1987, p. 78-80.

coletivas de associação compulsória, que impunham responsabilidade pelos atos de seus membros aos demais, não é de se admirar que as associações voluntárias também fossem aceitas com facilidade. A unidade social não era o indivíduo, mas o grupo<sup>372</sup>. Por essas razões, não é surpreendente que não se encontrem, na jurisprudência medieval, discussões sobre adequação de representação ou identidade de interesses entre o representante e os ausentes. Nem mesmo havia uma “escolha” do representante, em algo que se pareça com uma eleição. Eles eram convocados de acordo com suas características pessoais e com as necessidades da demanda: alguns dos mais ricos, ou dos mais prudentes, ou os melhores combatentes, dependendo do caso<sup>373</sup>. Mais uma vez, era a pessoalidade das relações que fazia com que os representantes naturalmente se sobressaíssem ao grupo.

Apenas a mudança do contexto levaria a uma mudança no pensamento jurídico. Com o fortalecimento do Estado nacional, a partir do século XVIII, o crescimento das cidades e a mudança de paradigma filosófico e econômico que Eric Hobsbawm chama de dupla revolução burguesa<sup>374</sup>, os grupos foram gradualmente perdendo o protagonismo em favor do indivíduo. Sua atuação judicial passa a ser vista como algo excepcional e, portanto, passível de questionamento. As funções de liderança dos grupos sociais, antes exercidas por pessoas conhecidas na comunidade, passaram a ser desempenhadas pelos mais ricos, que asseguraram sua superioridade com o novo paradigma econômico, mas, com isso, se isolaram cada vez mais dos pobres, tanto geograficamente, quanto em termos de aspirações de vida e vivência comunitária.

Os grupos também desapareceram pelo florescimento das pessoas jurídicas, tanto no âmbito privado, com as variadas sociedades empresariais, quanto no direito

---

<sup>372</sup> Idem, p. 84. O autor também assevera que, até o século XVI, o Estado inglês não regulava a organização interna dos grupos, nem impunha obediência às regras estabelecidas. Tanto a regulação quanto a execução de obrigações entre os membros do grupo era um problema a ser resolvido internamente. A relação do Estado era apenas com o representante. Essa visão do Estado como única fonte de normas, profundamente moderna, é inaplicável ao contexto medieval. No mesmo sentido, HESPANHA, António Manuel. *A política perdida: ordem e governo antes da modernidade*. Curitiba: Editora Juruá, 2010, p. 239-264.

<sup>373</sup> YEAZELL, Stephen C. *From medieval group litigation to the modern class action*. New Haven: Yale University Press, 1987, p. 95.

<sup>374</sup> HOBBSAWM, Eric J. *A era das revoluções*. 12. ed. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2000.

público, com o reconhecimento de personalidade jurídica ao Estado, independentemente da pessoa do monarca<sup>375</sup> e, da mesma forma, a entidades públicas menores, assemelhadas aos atuais municípios. Yeazell relata que, a partir do século XVII, não se encontram mais ações ajuizadas por um habitante local e a comunidade, mas pelo prefeito e a comunidade ou simplesmente pela cidade<sup>376</sup>. O Estado reclama para si o monopólio do reconhecimento dos grupos, que só terão existência jurídica se forem por ele aprovados. Assim, para cada necessidade de agrupamento humano vão surgindo novas formas societárias e associativas, variáveis no tempo e no espaço, mas sempre dependentes do reconhecimento estatal como condição de existência legal<sup>377</sup>. É a mesma modificação pela qual passará o direito de uma forma geral, que passará a ser sinônimo de legislação produzida pelo Estado e não pela sociedade, como ocorria com o costume medieval<sup>378</sup>.

Nos séculos XVII e XVIII, a litigância de grupo na Inglaterra estará concentrada em duas Cortes de natureza especial: a *Court of Star Chamber*, que foi popular sob o reinado de Henrique VIII, mas, sob Carlos I, se transformaria em símbolo de opressão, resultando em sua extinção, em 1640-41<sup>379</sup> e a *Court of Chancery*, responsável por todas as matérias de jurisdição do regime de *Equity*<sup>380</sup>. Ambas se

<sup>375</sup> KANTOROWICZ, Ernst. *Os dois corpos do rei: Um estudo sobre a teologia política medieval*. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 1998.

<sup>376</sup> YEAZELL, Stephen C. *From medieval group litigation to the modern class action*. New Haven: Yale University Press, 1987, p. 102.

<sup>377</sup> O Código Civil brasileiro como, de regra, todo o mundo ocidental, mantém essa característica:

“Art. 45. Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo”.

<sup>378</sup> COSTA, Pietro. A soberania na cultura político-jurídica medieval: imagens e teorias. In: COSTA, Pietro. *Soberania, representação, democracia: ensaios de história do pensamento jurídico*. Curitiba: Juruá Editora, 2010, p. 105-130. Ver também HESPANHA, António Manuel. *A política perdida: ordem e governo antes da modernidade*. Curitiba: Editora Juruá, 2010.

<sup>379</sup> DENNING, Alfred. *Landmarks in the Law*. London: Butterworths & Company Limited, 1984, p. 62.

<sup>380</sup> A *Chancery* existia desde o século XI, como um órgão auxiliar do Rei. A referência mais antiga a sua atuação jurisdicional data do século XIII. Nos séculos XVII e XVIII, sua função já era exclusivamente jurisdicional, atuando, de modo amplo, nos casos relacionados à *equity*. Os julgamentos de *equity*, como o nome sugere, se diferenciavam dos de *law* por sua maior flexibilidade e liberdade de atuação do juiz, que julgava os casos predominantemente com base no costume e na equidade. Há, entretanto, considerável polêmica acerca dessa definição simplificada. F. W. Maitland, em obra clássica, afirma que a única coisa que há em comum entre todas as normas da *equity* é que elas eram, antes de 1875, aplicadas pelas *Courts of Equity*. Assim, a única diferenciação possível seria pela análise histórica das normas aplicadas por essas cortes. Uma diferença certa é que as *Courts of Equity* exaravam ordens (*specific performances, injunctions and writs*) relacionadas a

inserir no contexto do esforço real de centralização da jurisdição, para superar o localismo medieval. A extinção precoce da *Star Chamber* faz com que a *Court of Chancery* seja a mais relevante no contexto histórico. Este tribunal passará a atuar nos conflitos coletivos envolvendo principalmente paroquianos e arrendatários rurais, sendo que a estes a evolução do sistema de produção agrícola já havia atribuído um título possessório<sup>381</sup>. Ambos os grupos permaneciam despersonalizados e, como o contexto social havia mudado, a *Chancery* entendeu necessário formular, agora sim, uma justificativa para a litigância representativa.

Conforme demonstra Yeazell, *How v. Tenants of Bromsgrove* não foi um caso exemplar de litigância coletiva na era moderna, mas sim um resquício dos litígios coletivos medievais, em uma era em que o grupo como unidade social não era mais uma realidade predominante. Litígios envolvendo arrendatários e paroquianos são as únicas espécies de demandas coletivas que o autor encontra na modernidade<sup>382</sup>, decorrentes de duas relações sociais que permaneciam em grande medida inalteradas desde a idade média, mas que estavam a caminho da extinção. “A litigância de grupo do século XVII não é sobre os direitos de indivíduos agregados, mas sobre incidentes residuais de status, decorrentes do pertencimento a comunidades rurais, que pairavam no limite de uma economia de mercado”<sup>383</sup>.

A *Court of Chancery*, por essa razão, viu com reservas os litígios representativos. Embora os motivos da mudança não sejam inteiramente claros, é certo que, no século XVII, a Corte passou a exigir que a classe ré apontasse seus representantes, ao invés de eles serem apontados pelo autor, o que inseriu um elemento de consentimento dos representados na condução do processo coletivo. Yeazell especula que a mudança no contexto e o impacto social das decisões tenham

---

obrigações de fazer e não fazer, enquanto as *Courts of Law* cuidavam de condenações pecuniárias. A distinção, entretanto, não é de essência, mas meramente circunstancial. MAITLAND, F.W. *Equity also the forms of action at common law: two courses of lectures*. Cambridge: Cambridge University Press, 1910, esp. p. 1-22. Alguns estados dos Estados Unidos, como Delaware, ainda preservam a distinção entre *Courts of Law* e *Courts of Equity*, embora seu modo de funcionamento não seja o mesmo de suas antecedentes.

<sup>381</sup> YEAZELL, Stephen C. *From medieval group litigation to the modern class action*. New Haven: Yale University Press, 1987, p. 131 informa que esses “manorial tenants” passaram a ser conhecidos como “copyholders”, uma vez que seus títulos eram emitidos em cópias gráficas.

<sup>382</sup> Idem, p. 134.

<sup>383</sup> Idem, p. 136.

influenciado essa nova postura<sup>384</sup>. Muitas das ações conhecidas foram ajuizadas em face da classe, pelo proprietário da terra, com o objetivo de realizar o fechamento (*enclosure*) dos campos comuns<sup>385</sup>. Permitir que a decisão atingisse todos os arrendatários daquele proprietário significava uma radical mudança na vida da comunidade, o que recomendava cautela. Outra mudança notável nos litígios modernos, em comparação com os medievais, é a ausência de decisões determinando o pagamento de quantias, como ocorria na idade média. Isso se deve ao fato de que a natureza desses litígios envolvia muito mais um acerto de conduta para o futuro do que a cobrança de débitos pretéritos. Além disso, a compreensão então vigente, já influenciada pelo individualismo, era de impossibilidade de imposição coletiva do débito. Apenas os indivíduos poderiam ser condenados a pagar<sup>386</sup>.

Como a jurisdição coletiva ficou restrita a um contexto rural em franco declínio, a extinção desse ambiente, que não tardaria, significou o fim dos litígios coletivos no modelo medieval. O apogeu do Estado moderno faz com que o grupo não fosse mais fonte ou titular de direitos. Quando as cortes começam a transformar o costume em precedentes registrados, o relacionamento social, mesmo no âmbito agrário, deixou de ser protagonizado por cavaleiros que concordavam sobre o significado de regras registradas na memória coletiva, para negociações individuais

---

<sup>384</sup> YEAZELL, Stephen C. *From medieval group litigation to the modern class action*. New Haven: Yale University Press, 1987, p. 141.

<sup>385</sup> Esse fechamento dos campos tem uma papel considerável na liberação de mão-de-obra para a revolução industrial, conforme relata Hobsbawm, op. cit, p. 22: "A solução britânica do problema agrário, singularmente revolucionária, já tinha sido encontrada na prática. Uma relativa quantidade de proprietários com espírito comercial já quase monopolizava a terra, que era cultivada por arrendatários empregando camponeses sem terra ou pequenos agricultores. Um bocado de resquícios, verdadeiras relíquias da antiga economia coletiva do interior, ainda estava para ser removido pelos Decretos das Cercas (*Enclosure Acts*) e as transações particulares, mas quase praticamente não se podia falar de um "campeinato britânico" da mesma maneira que um campeinato russo, alemão ou francês. As atividades agrícolas já estavam predominantemente dirigidas para o mercado; as manufaturas de há muito tinham-se disseminado por um interior não feudal. A agricultura já estava preparada para levar a termo suas três funções fundamentais numa era de industrialização: aumentar a produção e a produtividade de modo a alimentar uma população não agrícola em rápido crescimento; fornecer um grande e crescente excedente de recrutas em potencial para as cidades e as indústrias; e fornecer um mecanismo para o acúmulo de capital a ser usado nos setores mais modernos da economia".

<sup>386</sup> YEAZELL, Stephen C. *From medieval group litigation to the modern class action*. New Haven: Yale University Press, 1987, p. 150. O autor aponta não ter encontrado qualquer caso em que compensações pecuniárias por atos pretéritos tenham sido sequer requeridas.

e interpretação de normas escritas. “A lei saiu das vilas para os tribunais de uma nação à beira de uma grande mudança”<sup>387</sup>.

Assim, em *Brown v. Vermuden*, a *Chancery* discutiu explicitamente o cabimento de estender os efeitos do processo a uma parte ausente. No contexto de uma filosofia individualista que já se tornava predominante, o novo padrão de normalidade era entender que as partes processuais são apenas os indivíduos, pessoas naturais ou juridicamente reconhecidas. No caso, o resultado do processo foi estendido aos ausentes não por ser da natureza da situação do grupo, mas apenas porque, caso contrário, o litígio seria infinito<sup>388</sup>. Verifica-se uma consciência de que, primeiro, os grupos não se adequam às ferramentas processuais normalmente aplicadas pela *Chancery* e, segundo, de que a exceção que se abria para sua aceitação decorria da conveniência judicial, não da natureza da relação jurídica subjacente<sup>389</sup>.

No início do século XIX, as ações de classe começam a ganhar novo perfil. Em *Hichens v. Congreve*, julgado em 1828, investidores buscavam reparação por fraudes praticadas na criação de uma sociedade empresarial. Aqui, a classe não é mais um grupo coeso, mas simplesmente pessoas que compartilham um interesse econômico<sup>390</sup>. O pedido era de reparação pecuniária por atos pretéritos, não de regulação de conduta futura, como se via no início da modernidade. Não há qualquer vínculo com o provinciano ambiente das vilas e paróquias, mas sim com o moderno capitalismo da captação de poupança privada para grandes empreendimentos. Os réus objetaram que deveria haver o que hoje seria chamado de litisconsórcio necessário entre todos os investidores. A objeção foi rejeitada e a Corte aplicou à ação um conceito de representação agora muito diferente do período medieval. O representante não age porque está autorizado pelos representados, ou porque a situação social permite que tal autorização seja presumida, mas porque sua atuação se dirige à proteção dos interesses dos representados. Ainda que soe muito próxima do que atualmente se propugna, essa construção permaneceu vaga:

---

<sup>387</sup> Idem, p. 154.

<sup>388</sup> HAZARD JR. Geoffrey C.; GEDID, John L.; SOWLE, Stephen. *An Historical Analysis of the Binding Effect of Class Suits*. University of Pennsylvania Law Review, vol. 146, 1998, p. 1849-1948. O trecho referido está na p. 1863.

<sup>389</sup> YEAZELL, Stephen C. *From medieval group litigation to the modern class action*. New Haven: Yale University Press, 1987, p. 155-156.

<sup>390</sup> Outro caso similar, em 1805, foi *Adair v. The New River Company*.

a *Chancery* não conseguiu, no período de sua atuação, estabelecer uma orientação coerente de representação em lides coletivas e, como demonstra Yeazell, seu corpo de julgados, visto retrospectivamente, é bastante confuso<sup>391</sup>. Houve uma transposição descontextualizada dos precedentes medievais, aceitando, por razões práticas (impossibilidade de reunião de todos as partes), a litigância representativa fora do pano de fundo de um grupo coeso. Ainda que pouco coerentes, esses precedentes tiveram o valor de manter viva a ideia de representação, durante o longo período de relativo abandono pelo qual o instituto passaria. Em meados do século XIX, o parlamento inglês adotou uma série de medidas legislativas, com o objetivo de resolver os principais problemas que, naquele momento, aportavam na *Court of Chancery*<sup>392</sup>. Essas normas, associadas à unificação do Poder Judiciário, em 1875, levariam à drástica redução das ações representativas na Inglaterra, ao mesmo tempo em que elas floresciam nos Estados Unidos<sup>393</sup>.

### 3.13.2 Class actions nos Estados Unidos

As *class actions* americanas iniciam sua história inspirando-se nas britânicas, a partir da obra do juiz Story<sup>394</sup>. A tese de Yeazell<sup>395</sup> é que Story, embora tenha estudado profundamente as ações inglesas, as compreendeu mal e essa má compreensão ficaria profundamente marcada na jurisprudência da Suprema Corte. O primeiro caso em que Story abordou a questão dos litígios representativos como juiz foi *West v. Randall*<sup>396</sup>, no qual elencou diversas circunstâncias em que os litígios coletivos seriam admissíveis, embora não tenha efetivamente aplicado o arcabouço teórico desenvolvido na solução do caso. Posteriormente, já na Suprema Corte, Story julgou

<sup>391</sup> YEAZELL, Stephen C. *From medieval group litigation to the modern class action*. New Haven: Yale University Press, 1987, p. 179.

<sup>392</sup> Idem, p. 194.

<sup>393</sup> Idem, p. 211-212.

<sup>394</sup> STORY, Joseph. *Commentaries on equity jurisprudence as administered in England and America*. 2 v. 13<sup>th</sup> edition. Boston: Little Brown e Company: 1886. A edição referida é póstuma, sendo a primeira edição de 1835.

<sup>395</sup> YEAZELL, Stephen C. *From medieval group litigation to the modern class action*. New Haven: Yale University Press, 1987, p. 216.

<sup>396</sup> 29 F. Cas. 718 (R.I. 1820).

*Beatty v. Kurtz*<sup>397</sup>, que seria a primeira referência a demandas de grupo naquele juízo.

Não muito tempo depois dessas decisões, em 1842, a Suprema Corte promulgou sua primeira regulamentação sobre a litigância de grupo, que foi a *Equity Rule* 48. Adotando a perspectiva do juiz Story e o pensamento individualista, a regra era expressa no sentido de que a decisão não poderia prejudicar direitos de terceiros<sup>398</sup>. Entretanto, em *Smith v. Swormstedt*<sup>399</sup>, julgado em 1853, citando o juiz Story e fazendo referência a litígios feudais ingleses, a própria Corte entendeu que, em casos como o que estava em julgamento, “por conveniência”, havendo representação de todos os interesses perante o tribunal, o risco de que os ausentes fossem prejudicados era pequeno e, por isso, eles deveriam ser vinculados pela decisão<sup>400</sup>.

Por volta do início do século XX, a Corte começou a firmar a doutrina de que a congruência de interesses entre os membros da classe asseguraria representação

<sup>397</sup> 27 U.S. 2 Pet. 566 566 (1829).

<sup>398</sup> O texto, adotado em 1850, é bastante breve: “48. Where the parties on either side are very numerous, and cannot, without manifest inconvenience and oppressive delays in the suit, be all brought before it, the court in its discretion may dispense with making all of them parties, and may proceed in the suit, having sufficient parties before it to represent all the adverse interests of the plaintiffs and the defendants in the suit properly before it. But in such cases the decree shall be without prejudice to the rights and claims of all the absent parties”. Ver UNITED STATES. *Rules of the Supreme Court of the United States*. Washington: Government Printing Office, 1869. No sentido do texto, HENSLER, Deborah et. al. *Class Action Dilemmas: Pursuing Public Goals for Private Gain*. Santa Monica: RAND, 2000, p. 11.

<sup>399</sup> 57 U.S. 16 How. 288 288 (1853).

<sup>400</sup> O julgamento unânime foi condizido pelo juiz Nelson, que manifestou:

“Mr. Justice Story, in his valuable treatise on equity Pleadings, after discussing this subject with his usual research and fullness, arranges the exceptions to the general rule, as follows:

1. Where the question is one of a common or general interest, and one or more sue or defend for the benefit of the whole.

2. Where the parties form a voluntary association for public or private purposes, and those who sue or defend may fairly be presumed to represent the rights and interests of the whole; and

3. Where the parties are very numerous, and though they have or may have separate and distinct interests, yet it is impracticable to bring them all before the court.

(...)

Where the parties interested in the suit are numerous, their rights and liabilities are so subject to change and fluctuation by death or otherwise, that it would not be possible, without very great inconvenience, to make all of them parties, and would oftentimes prevent the prosecution of the suit to a hearing. For convenience, therefore, and to prevent a failure of justice, a court of equity permits a portion of the parties in interest to represent the entire body, and the decree binds all of them the same as if all were before the court. The legal and equitable rights and liabilities of all being before the court by representation, and especially where the subject matter of the suit is common to all, there can be very little danger but that the interest of all will be properly protected and maintained”.



suficiente para vincular os membros ausentes do processo e, em uma revisão das *Equity Rules*, em 1912, converteu a *Rule* 48 em 38, reduzindo ainda mais seu então já breve texto e omitindo a restrição relativa à vinculação dos ausentes<sup>401</sup>. A justificativa da alteração, que foi proposta pelo comitê de juízes do 2º Circuito, que compunha a comissão de revisão, foi de que “em todo verdadeiro processo de classe, a decisão é necessariamente vinculante para todas as partes incluídas na sentença”<sup>402</sup>.

Na reforma subsequente, percebeu-se a necessidade de melhor delimitar a litigância coletiva, uma vez que a vagueza da formulação anterior fazia supor que qualquer interesse, desde que encontrasse um representante, poderia ser judicializado coletivamente<sup>403</sup>. Assim, buscou-se definir quais grupos poderiam atuar judicialmente como classe. Surge, em 1937, a *Rule* 23 e com ela os conceitos de *true*, *hybrid* e *spurious class actions*. O texto da regra já é bem mais amplo que os anteriores e busca classificar as ações de acordo com interesses envolvidos e o grau de vinculação entre seus titulares.

Apenas as decisões proferidas em *true class actions* eram vinculantes para os indivíduos ausentes do processo. Elas exigiam que existisse entre os membros da classe uma relação jurídica subjacente capaz de autorizar o que seria um litisconsórcio necessário, inviabilizado apenas pela circunstância do conflito envolver um grande número de pessoas<sup>404</sup>. As *class actions* espúrias e as híbridas eram vinculantes para os ausentes somente em alguns circunstâncias<sup>405</sup>, sendo que nas primeiras ainda havia um grau de relação jurídica prévia entre os integrantes da classe, situação ausente apenas nas espúrias.

---

<sup>401</sup> “38. When the question is one of common or general interest to many people constituting a class so numerous as to make it impracticable to bring them all before the court, one or more may sue or defend for the whole.

<sup>402</sup> UNITED STATES. *The new Federal Equity Rules*. Cincinnati: The W. H. Anderson Company, 1913, p. 169.

<sup>403</sup> YEAZELL, Stephen C. *From medieval group litigation to the modern class action*. New Haven: Yale University Press, 1987, p. 228.

<sup>404</sup> HARKINS JR., John G. Federal Rule 23: the early years. In: *Arizona Law Review*, vol. 39, 1997, p. 705-710.

<sup>405</sup> HENSLER, Deborah et. al. *Class Action Dilemmas: Pursuing Public Goals for Private Gain*. Santa Monica: RAND, 2000, p. 11.

O problema, segundo Yeazell, é que essas definições não eram de fácil aplicação concreta, não logrando êxito em resolver as dúvidas acerca dos limites das demandas coletivas.<sup>406</sup> Tantas dificuldades de aplicação levaram à ampla reforma da *Rule 23* em 1966<sup>407</sup>. O contexto da mudança visava a satisfazer as novas necessidades de grupos, que naquele momento se apresentavam às cortes. O autor sustenta que a história das ações de classe é fragmentária exatamente em razão de nunca terem sido tratadas como uma categoria processual específica, mas como uma resposta *ad hoc* para os problemas vivenciados por um grupo em um determinado momento. Quando esse grupo se extinguiu, ou suas demandas encontraram amparo em outras vias, por exemplo, legislativas, as ações coletivas temporariamente submergem, para retornar depois, em favor de um novo grupo<sup>408</sup>. Escrevendo em 1940, Harry Kalven Jr. e Maurice Rosenfield indicam como campos prováveis de incidência das ações coletivas as situações relacionadas a investidores no mercado de ações, empregados que têm direito de receber horas-extras, investidores que têm depósitos em um banco falido, contribuintes que pretendem resistir a um tributo cobrado ilegalmente ou pequenos empresários que são prejudicados por práticas anticoncorrenciais<sup>409</sup>. Na década de 1960, todavia, o papel que o Judiciário procurava atribuir às *class actions*, imprevisível vinte anos antes, era o de veículo para solucionar os conflitos relacionados com a dessegregação racial, iniciada pela decisão de *Brown v. Board of Education of Topeka*, em 1954<sup>410</sup>. Adicionalmente, as pretensões dos recém-surgidos movimentos de consumidores e ambientalistas apresentavam aos tribunais litígios com perfis diferentes da

---

<sup>406</sup> YEAZELL, Stephen C. *From medieval group litigation to the modern class action*. New Haven: Yale University Press, 1987, p. 231.

<sup>407</sup> Consta expressamente da nota do comitê consultivo de 1966: “In practice, the terms “joint,” “common,” etc., which were used as the basis of the Rule 23 classification proved obscure and uncertain”. Segundo Klonoff, Bilich e Malveaux, “the principal reason for rewriting Rule 23 in 1966 was to get away from the conceptually-defined categories of the old rule”. KLONOFF, Robert H.; BILICK, Edward K. MALVEAUX, Suzette M. *Class Actions and other Multi-party litigation: cases and materials*. 3<sup>rd</sup>. ed. St. Paul: West, 2012, p. 27.

<sup>408</sup> YEAZELL, Stephen C. *From medieval group litigation to the modern class action*. New Haven: Yale University Press, 1987, p. 220-221.

<sup>409</sup> KALVEN JR., Harry; ROSENFELD, Maurice. The contemporary function of the class suit. In: *The University of Chicago Law Review*, vol. 8, 1940, p. 684-721.

<sup>410</sup> 347 U.S. 483 (1954).

inspiração inicial das *class actions*. Assim como no passado, esse contexto influenciaria nos novos rumos do instituto<sup>411</sup>.

Contudo, antes de estudar a estrutura atual da *Rule 23* e o modelo representativo das *class actions*, é preciso considerar a própria ideia de representação. Como a lição histórica demonstra, a representação processual surge como algo natural na idade média, é preservada, em posição marginal, por razões absolutamente circunstanciais, na modernidade e chega ao período contemporâneo ocupando um lugar pouco definido na teoria do processo. Ao mesmo tempo em que o mundo e as relações sociais são indubitavelmente individualistas, o processo individual é ineficiente para resolver determinados litígios, que decorrem não mais de relações comunitárias. A ideia, já quase esquecida, de um processo conduzido por alguns, mas que vale para muitos, parece atraente, especialmente quando se considera que a representação continua atuando em outras esferas importantes da vida contemporânea. Se é possível que o Executivo e o Legislativo atuem de modo representativo, por que não o Judiciário? Definir, portanto, o conceito de representação, é essencial para permitir a compreensão dos limites e possibilidades dessa empreitada.

### 3.14 Condições de possibilidade da representação processual

Nas ações medievais e no início da era moderna, o fundamento para a litigância representativa era a coesão do grupo. Não havia necessidade de se articular uma justificativa, ou mesmo uma teoria da representação, porque a sociedade se organizava enquanto comunidade, vivendo coletivamente. Seus problemas eram debatidos em eventos sociais cotidianos e se buscava encontrar a melhor ideia, não aquela que agradasse à maioria. A uniformidade social e a vida comunal faziam com que os problemas fossem compartilhados pelo grupo, de modo que os homens

---

<sup>411</sup> YEAZELL, Stephen C. *From medieval group litigation to the modern class action*. New Haven: Yale University Press, 1987, p. 241.

“permanecem unidos, apesar de todas as separações”<sup>412</sup>. O litígio coletivo era a consequência natural da organização da sociedade.

Com o avanço da modernidade e do individualismo, representação se torna um problema, não algo para ser presumido<sup>413</sup>. As novas formas de organização política e econômica, em conjunto com o paradigma filosófico liberal, mais que garantem, exigem que o indivíduo seja autônomo, ao invés de um “prisioneiro” de feudos e guildas. Logo, se o indivíduo governa os rumos de sua própria vida, nada mais natural do que controlar suas demandas judiciais, o que transforma a representação, agora amplamente debatida no âmbito político, em um fenômeno processual excepcional, recorrentemente ligado à vontade dos envolvidos. Alguém representa outrem porque ele o permitiu. Além disso, o acesso à jurisdição é uma prerrogativa vinculada ao indivíduo, à personalidade, o que acarreta repulsa à presença dos grupos amorfos. Se os indivíduos se agrupam socialmente para construir um empreendimento em comum, a solução do direito para permitir que essa coletividade tenha acesso à jurisdição é a criação de uma nova pessoa, ainda que de natureza ficcional.

O problema do arranjo processual da modernidade é que a forma de organização social não permaneceu como era em seu nascimento. A sociedade de massa representa o movimento contraditório em que os indivíduos são cada vez mais numerosos e separados uns dos outros, encapsulados em suas próprias vidas, mas, por outro lado, os setores produtivos da sociedade e a divisão do trabalho atingiram tal pujança que essa vida, de tão independente, se tornou completamente dependente. Em um mundo global, todos vivem sozinhos e, ainda assim, ninguém pode viver sozinho<sup>414</sup>. Os efeitos de eventos e políticas são globais, o que torna obsoleto o modo como o aparato jurisdicional vê o mundo: enquanto uma decisão centralizada de um agente econômico pode lesar milhões ou, eventualmente, bilhões de pessoas, a jurisdição continua esperando que cada uma delas venha

---

<sup>412</sup> TÖNNIES, Ferdinand. *Comunidad y Sociedad*. Buenos Aires: Losada, 1947.

<sup>413</sup> YEAZELL, Stephen C. *From medieval group litigation to the modern class action*. New Haven: Yale University Press, 1987, p. 276.

<sup>414</sup> Essas contradições são ressaltadas por vários teóricos da globalização. Ver, por exemplo, IANNI, Octávio. *Teorias da Globalização*. 13ª. Ed. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2006 e SASSEN, Saskia. *Sociologia da Globalização*. São Paulo: Artmed, 2010.

apresentar suas queixas separadamente, tal como há duzentos anos. Pior, se esse ficcional acesso à justiça se realizasse, ele seria capaz de destruir, por inviabilidade, o mesmo aparato estatal que o demandou. O juiz contemporâneo, combinando duas personagens mitológicas, realiza um trabalho de Sísifo sob uma espada de Dâmocles: labora interminavelmente para manter em dia a carga de processos que lhe são submetidos, permanentemente ameaçado pela possibilidade de que uma decisão, privada ou governamental, acarretando uma lesão de massa, destrua todos os seus esforços.

A contradição é realmente admirável: nunca o homem foi tão estimulado a contratar individualmente e a definir, por si mesmo, os rumos de sua vida, no exercício do direito mais básico da personalidade, que é a autonomia do indivíduo. Por outro lado, o mercado global não permite a existência de nada além de uma ilusão de individualidade, uma vez que as relações sociais e econômicas impõem a esse indivíduo que exerça sua liberdade apenas para contratar com os mesmos fornecedores que outros agentes, igualmente isolados e autônomos, contratam do outro lado do planeta. Isso faz com que as pessoas se tornem impotentes para proteger seus próprios interesses, seja por falta de informação, de alternativa de um outro produtor para o bem de que necessitam ou pelo elevado custo dos mecanismos jurídicos que lhe são postos à disposição. Assim, a lei é aplicada (*enforcement*) apenas de modo fragmentário e aleatório, possibilitando que o causador da violação avalie economicamente o lucro de continuar a praticá-la<sup>415</sup>,

---

<sup>415</sup> KALVEN JR., Harry; ROSENFELD, Maurice. The contemporary function of class suit. In: *The University of Chicago Law Review*, vol. 8, 1940, p. 684-721.

como ocorreu na década de 1970, no conhecido incidente do *Ford Pinto Memo*<sup>416</sup>. O mundo interconectado é o mundo das lesões em larga escala<sup>417</sup>.

Logo, o diagnóstico do problema é claro: a sociedade contemporânea é individualista, o processo civil é individual, mas algumas lesões experimentadas pelos indivíduos são de natureza coletiva. Se esse paradoxo já não fosse suficientemente complexo, dificulta-lhe a solução o fato de que a sociedade contemporânea, além de ser individual, é pluralista. O coletivismo medieval, que viabilizava as ações de grupo, se fundava em relações pessoais consideravelmente homogêneas entre seus integrantes, as quais, nem de longe, podem ser transpostas para o mundo contemporâneo, em que a maioria das pessoas sequer tem relações sociais com seus vizinhos de residência. Na modernidade, na qual essa uniformidade de vivências não existe, uma alternativa para se resolver o problema da representação processual seria a adoção de algum tipo de solução majoritária, na qual o representante fosse legitimado a agir em razão de ter sido escolhido pelo grupo representado. Pragmaticamente, contudo, uma solução majoritária pouco avança em relação à necessidade de que cada indivíduo ajuíze sua ação, uma vez que o problema inicial é apenas reconstruído, não solucionado: como fazer para que todas as pessoas sejam ouvidas nesse momento? Parece pouco viável organizar uma eleição para definir um representante para o ajuizamento de uma ação, em cada causa que se apresente.

A solução majoritária, mesmo que fosse concretamente realizável, ainda teria que lidar com mais uma dificuldade. A identidade de experiências de vida, no medievo, gerava uma certa uniformidade de opiniões sobre os problemas locais cotidianos,

---

<sup>416</sup> De acordo com a revista *Mother Jones*, no início da década de 1970, teria circulado entre os executivos-chefes da Ford Motors um memorando avaliando que os custos para a realização de reparos nos tanques de combustível dos veículos Ford Pinto, os quais teriam fragilidades aptas a causar incêndios em caso de colisão, assim como adaptação da linha de montagem, seriam substancialmente maiores que os custos das indenizações da vítimas de acidentes. O documento considerava a hipótese de 2100 acidentes, com 180 pessoas morrendo queimadas e outras 180 com graves ferimentos, além de diversos danos materiais. Mesmo assim, o custo dos processos era pouco maior que um terço do custo da regularização. Em *Grimshaw V. Ford Motor Co.* 119 CA3d 757, (1981), a Corte de Apelações da Califórnia condenou a Ford a pagar US\$ 2,5 milhões em indenização e US\$ 3,5 milhões em danos punitivos em razão de um acidente no qual a motorista morreu queimada e seu marido sofreu graves ferimentos. A Corte considerou que a empresa estava ciente do problema e deixou de fazer os reparos por razões econômicas. Originalmente, o júri havia condenado a Ford a pagar US\$ 125 milhões em danos punitivos, além da indenização.

<sup>417</sup> NAGAREDA, Richard A. et. al. *The law of class actions and other aggregate litigation*. 2<sup>nd</sup> ed. St. Paul: Foundation Press, 2013, p. 1.

mas o mundo medieval não era um idílio rural, no qual todos estavam de acordo sobre todos os assuntos, e sim a convivência, senão forçada, pelo menos, forçosa, em um grupo fortemente excludente, no qual as eventuais divergências eram reputadas irrelevantes, sobretudo se oriundas de subgrupos minoritários. Em uma democracia pluralista, esse é um passado que não deve despertar nostalgia. A dificuldade das ações coletivas atuais, diferentemente das medievais, é que a opinião de todos e cada um é reputada relevante, o que coloca em xeque propostas que pretendam tratar coletivamente um grupo, aferindo sua opinião apenas a partir da vontade dos indivíduos dominantes ou da posição majoritária.

A forma encontrada pela teoria jurídica para tentar se reconciliar com o pluralismo exigido pela modernidade é afirmar, de modo lacônico, que a representação processual não é de opiniões, mas de interesses. A representação é legítima porque o interesse de alguém “é representado em uma situação em que seria inconcebível que ele não quisesse que o seu interesse fosse perseguido”<sup>418</sup>. Esse conceito, que parece atraente à primeira vista, desmorona com facilidade. Como já ficou claro na exposição do Capítulo 2, a representação de interesses é uma resposta insuficiente. Nos conflitos coletivos simples, ela proporciona uma justificação razoável para a não participação, eis que apenas por absurdo se poderia conceber que aquele que adquiriu um produto vendido com quantidade inferior à informada não desejaria que alguém demandasse, em seu nome, a reparação do valor pago indevidamente. Todavia, em litígios coletivos complexos, em que não é possível estabelecer com essa simplicidade em que termos a sociedade substituída gostaria que a demanda fosse conduzida, ou até mesmo se ela gostaria que houvesse demanda, a representação de interesses não apresenta solução para o problema, porque “interesse” é, assim como sociedade, uma categoria zumbi, sem qualquer significado unívoco. O uso impróprio desse termo, pela teoria jurídica, só parece convincente porque é acompanhado de exemplos óbvios, que constituem o que aqui se denomina conflitos coletivos simples. Conforme se demonstrará a seguir, definir o conteúdo dos interesses de um grupo é uma tarefa mais complicada do que esses exemplos deixam transparecer.

---

<sup>418</sup> YEAZELL, Stephen C. *From medieval group litigation to the modern class action*. New Haven: Yale University Press, 1987, p. 15.

O Brasil ainda enfrenta um problema específico, estranho aos debates norte-americanos: como o representante, por opção da legislação nacional, não é um membro da classe, é difícil analisar o potencial de qualidade dessa representação, a partir do critério desenvolvido no universo das *class actions*, que é a coincidência entre seus interesses e os dos representados. O legislador brasileiro optou por confiar que o espírito cívico das associações e o dever funcional dos servidores públicos seriam suficientes para garantir a fidelidade do representante aos interesses dos representados, tanto no aspecto da definição desses interesses, quanto na atuação orientada para sua concretização. Esse esquema causaria desconforto a um observador anglo-saxão, pois, como afirma Yeazell, “é crucialmente importante na representação de interesses [aquela em que o representado não escolhe o representante] que os interesses do representado e do representante sejam comuns, porque apenas a congruência entre eles guia a mão invisível e mantém o representante leal”<sup>419</sup>.

Todas essas razões indicam que a representação no processo coletivo precisa ser reconstruída, à luz de pressupostos teóricos mais consistentes. Apesar da representação majoritária não ser a resposta para o processo coletivo, Yeazell percebe que as dificuldades que se podem apontar em relação ao representante processual – as condições nas quais ele pode atuar, os métodos para escolhê-lo e a sua liberdade para vincular o grupo – não são muito diferentes das que levanta a doutrina que estuda a representação democrática ocidental<sup>420</sup>. Essa relativa coincidência entre os problemas da representação processual e da representação política indicam que a ciência política pode ser o ponto de partida de uma proposta de reestruturação conceitual.

---

<sup>419</sup> YEAZELL, Stephen C. *From medieval group litigation to the modern class action*. New Haven: Yale University Press, 1987, p. 175.

<sup>420</sup> Idem, p. 194: “Yet the underlying theoretical issues of both forms of power are similar: in both group litigation and legislative representation one must encounter and resolve the issue of when one person can speak for another”.



### 3.14.1 A representação política

Como afirma Albert White, a representação é algo que surge naturalmente com os agrupamentos humanos. Nas mais simples esferas de relação, se há necessidade de se buscar a opinião de diversas pessoas sobre um assunto, é comum que entre elas se eleja um representante. Quando uma atividade é incumbida a um grupo, ele distribuirá as tarefas entre seus membros. A representação primeiro surge na prática, depois no direito escrito e, por último, na teoria<sup>421</sup>. Ao consolidar, no ocidente, a filosofia do individualismo, segundo a qual todo indivíduo é livre para fazer as escolhas que influenciarão em seu bem-estar, arcando, por isso, com as consequências de suas decisões, o capitalismo criou um mundo onde a representação exerce um papel absolutamente fundamental. Se nem todos podem exercer os poderes inerentes ao governo, é essencial que possam participar da escolha de quem o fará, a fim de que os atos desse governo possam ser imputados ao grupo como um todo.

Hanna Pitkin atribui a popularidade do conceito de representação a seu vínculo com a democracia, embora aponte que essa não seja uma relação necessária<sup>422</sup>. É possível afirmar que um rei representa um país, independentemente do modo como foi escolhido. Isso significa algo diferente de se afirmar que um embaixador representa aquele mesmo país<sup>423</sup>. Representação é um conceito aplicado de modos distintos, em diferentes contextos, mas cujo significado central é “fazer presente de novo (...) tornar presente, em algum sentido, algo que não está presente literalmente ou de fato”<sup>424</sup>. O problema da representação, portanto, não é conceituá-la, mas definir em que sentido alguma coisa pode ser considerada presente quando está, de fato, ausente e a quem cabe definir essa presença. Mais que isso, é preciso definir as razões capazes de justificar a ideia de que alguém é representado. Trata-se de

---

<sup>421</sup> WHITE, Albert B. *Self-Government at the Kings Command: a study in the beginnings of English democracy*. Minneapolis: The University of Minnesota Press, 1933.

<sup>422</sup> No mesmo sentido, APTER, David E. Notes for a theory of nondemocratic representation. In: PENNOCK, J. Roland (ed.). *Representation*. New York: Atherton Press, 1968, p. 278-317.

<sup>423</sup> PITKIN, Hanna Fenichel. *The concept of representation*. Berkeley: University of California Press, 1984, p. 2-3.

<sup>424</sup> Idem, p. 8-9.

um achado meramente psicológico – é representado quem pensa que é – ou existem características objetivas que podem ser atribuídas à representação?

O primeiro teórico relevante para a ideia de representação é Thomas Hobbes. Com sua ideia de contrato social, Hobbes estabelece uma acepção formalista de representação, que se baseia na autorização. O governante representa o povo porque foi por ele autorizado a tanto<sup>425</sup>. Essa autorização transforma a multidão em uma só pessoa e, como o representante é o portador dessa pessoa, a representação é ilimitada. Cria-se uma unidade na pluralidade, de modo que as ações do representante são as ações dos representados. Esses postulados serão desenvolvida para dar origem a uma construção familiar ao direito administrativo, que é a teoria do órgão, segundo a qual o agente público é o Estado em ação. Na ciência política, um grupo de autores, dentre eles Max Weber, será responsável pelo desenvolvimento da teoria do órgão<sup>426</sup>. A essência da teoria do órgão é que o representante está antecipadamente autorizado pelos representados a agir por eles e a vinculá-los com suas atitudes. Eric Voegelin, dando um passo adiante, afirma que a representação decorre da articulação política que forma as sociedades, as quais não existem em um painel cósmico pela eternidade, mas se desenvolvem na história<sup>427</sup>:

Como resultado da articulação política, nós encontramos seres humanos, os governantes, que podem agir pela sociedade, homens cujos atos não são imputados a suas próprias pessoas, mas à sociedade como um todo (...)

<sup>425</sup> Pitkin, op. cit., p. 21. Em Hobbes, esse tema perpassa boa parte da discussão do contrato social, mas uma passagem fundamental é: “Uma multidão de homens é transformada em uma pessoa quando é representada por um só homem ou pessoa, de maneira a que tal seja feito com o consentimento de cada um dos que constituem essa multidão. Porque é a unidade do representante, e não a unidade do representado, que faz que a pessoa seja una. E é o representante o portador da pessoa, e só de uma pessoa. Esta é a única maneira como é possível entender a unidade de uma multidão”. (cap. XVI) E, posteriormente (cap. XVIII): “Diz-se que um Estado foi instituído quando uma multidão de homens concordam e pactuam, cada um com cada um dos outros, que a qualquer homem ou assembleia de homens a quem seja atribuído pela maioria o direito de representar a pessoa de todos eles (ou seja, de ser seu representante), todos sem exceção, tanto os que votaram a favor dele como os que votaram contra ele, deverão autorizar todos os atos e decisões desse homem ou assembleia de homens, tal como se fossem seus próprios atos e decisões, a fim de viverem em paz uns com os outros e serem protegidos dos restantes homens”. HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Editora Martin Claret, 2001.

<sup>426</sup> Pitkin qualifica esses autores como “organschaft theorists”. Pitkin, op. cit., p. 40.

<sup>427</sup> VOEGELIN, Eric. Representation and existence. In: HENNINGSEN, Manfred (ed.). *The collected papers of Eric Voegelin*. Vol. 5: Modernity without restraint. Missouri: University of Missouri Press, 2000, p. 109-128. Citação p. 117.

Quando seus atos são efetivamente imputados dessa forma, uma pessoa pode se dizer representante de uma sociedade.

Logo, ainda que o autor mencione a necessidade de que a atuação do representante personifique o poder transcendental da sociedade, sua linha hobbesiana é acentuada, eis que a representação não depende da conduta do representado, mas da realidade, do fato de que sua atividade é faticamente imputável ao grupo representado. A democracia é apenas uma das formas de se chegar a esse resultado.

A segunda concepção formalista de representação apontada por Pitkin é a da representação como necessidade de prestar contas ou ser responsável perante alguém (*accountability view*). Alguém é representante de outro porque deverá prestar contas do que fizer a essa pessoa<sup>428</sup>. A democracia é vista pelas duas concepções em perspectivas opostas: um representante é democrático, sob o prisma da autorização, porque foi escolhido pelos representados, enquanto, sob o prisma da responsabilidade, porque terá que prestar contas a eles ao final de seu exercício. Contudo, ainda que pareça oposta à teoria da autorização, a teoria da responsabilidade conserva o mesmo caráter formal, ao não fornecer qualquer orientação substancial para a conduta do representante. Nenhuma das duas teorias diz o que o representante deve fazer enquanto dura a representação, estabelecendo condicionantes antecipados ou posteriores ao seu exercício<sup>429</sup>.

O terceiro conceito de representação não é formalista, mas parte da ideia de “estar no lugar de”. É a representação descritiva. Deve haver uma correspondência virtual, uma conexão entre representante e representado. O representante deve ser um reflexo do representado e agir em seu lugar. Assim, mais importante do que analisar o que o representante faz, é analisar quem ele é ou, tratando-se de um ente coletivo, como um parlamento, como ele é composto, porque a composição vai determinar as suas atividades. É essa a visão de John Stuart Mill, para quem a melhor forma de governar é a que atribui o poder a toda a comunidade<sup>430</sup>. Mas como essa forma não

---

<sup>428</sup> Pitkin, op. cit., p. 55.

<sup>429</sup> Idem, p. 58.

<sup>430</sup> “There is no difficult in showing that the ideally best form of government is that in which the sovereignty, or supreme controlling power in the last resource, is vested in the entire aggregate of the community. MILL, John Stuart. *Utilitarianism, liberty & representative government*. Maryland: Wildside Press, 2007, p. p. 207.

é exequível, e como é de conhecimento geral que os homens pensam em si mesmos antes dos outros, sendo pouco propensos a fazer sacrifícios pessoais em benefício de terceiros, é preciso que todas as visões e opiniões sejam representadas em um parlamento, de modo que ele possa fazer todas as críticas possíveis à atuação do governo<sup>431</sup>. Nesse contexto, afirma Pitkin, “representar significa dar informações sobre o representado; ser um bom representante significa dar informação precisa”<sup>432</sup>. Logo, não importa o número de representantes com o qual um grupo conte, mas sim que os representantes canalizem, de modo acurado, as informações sobre ele. O corpo de representantes deve compor uma “cópia suficientemente adequada” dos representados. A ideia, como se vê, é que o representante está para o representado tal como a pintura está para a cena retratada. Aqui, ao contrário das teorias formalistas, há um critério para se avaliar o representante: “o representante deve refletir os representados de forma tão verdadeira e acurada quanto possível”<sup>433</sup>. Ele não é um líder, seu papel não é projetar novas metas ou ideias, mas simplesmente refletir as ideias do grupo.

O quarto conceito é a representação simbólica. O representante não é uma descrição, mas um símbolo do representado. A relação não é entre pintura e cena, mas entre a bandeira e o país que ela simboliza. É a representação que geralmente é atribuída aos chefes de Estado, que são os símbolos vivos de seus países. O símbolo não é uma imagem, não é uma descrição, mas um veículo para a concepção do que ele representa<sup>434</sup>. Como os símbolos são completamente arbitrários – a bandeira do Brasil não é, de qualquer modo, a baseada na imagem ou na descrição do país – o único critério para estabelecer a representação simbólica é a crença dos próprios representados na condição do representante. Serão representados “por” ele, e não “nele”. A representação descritiva, diferentemente, existe independente da crença dos representados, já que, adotado esse critério, um observador externo pode avaliar o quanto o representante se parece com os

---

<sup>431</sup> “The proper duty of a representative assembly in regard to matters of administration is not to decide them by its own vote, but to take care that the persons who have to decide them shall be the proper persons”. Idem, p. 233.

<sup>432</sup> Pitkin, op. cit., p. 83.

<sup>433</sup> Idem, p. 90.

<sup>434</sup> Idem, p. 98.

representados. A objeção principal à representação simbólica é que ela se associa aos líderes carismáticos e, no extremo, totalitários.

A quinta acepção de representação é atuar por alguém. É uma forma de representação particularmente apropriada a representantes não eleitos que, portanto, não foram autorizados pela comunidade, que não prestam contas a ela, porque não estão sujeitos a um processo público de validação de seu exercício, e que não são descrições ou símbolos de seus representados<sup>435</sup>. Apesar disso, eles falam pelo grupo, agem por ele<sup>436</sup>. Essa seria a representação aplicável aos agentes públicos não eleitos<sup>437</sup>. Se for possível considerar que sua atuação ocorre em nome do grupo, essa representação não pode ser explicada adequadamente por nenhum dos conceitos anteriores, apenas pelo próprio agir. Não há uma forma muito precisa de descrever essa ação, mas Pitkin propõe três grupos de analogias que ajudam a esclarecê-la: o representante age em substituição, age no interesse ou age de acordo com as instruções do representado. O problema é que nenhuma delas é perfeita, uma vez que nem todas as atitudes que se enquadram nessas três categorias podem ser consideradas representação. Cuidar de alguém, por exemplo, significa agir em seu interesse, mas não implica necessariamente representá-lo<sup>438</sup>.

A representação por atuação têm o mérito de prover dois parâmetros para julgar a atividade do representante. O primeiro é que, em toda ação do representante, o representado deve ser logicamente anterior, ou seja, a conduta do representante deve ter como ponto de partida o interesse ou as instruções do representado. Segundo, o representante deve responder por seus atos perante o representado, nunca o oposto. A objeção a esse conceito é que ele usualmente será satisfeito se o

---

<sup>435</sup> Joseph Witherspoon observa, com razão, que é uma ilusão, pelo menos no aspecto quantitativo, imaginar que a interpretação das leis está atribuída aos juízes. Na imensa maioria dos casos, a interpretação da lei é dada pelo administrador, estando apenas sujeita a revisão judicial, na hipótese de provocação. Logo, o problema da representação por agentes não eleitos, além de relevante no âmbito judicial, vai além dele. WITHERSPOON, Joseph P. The bureaucracy as representatives. In: PENNOCK, J. Roland (ed.). *Representation*. New York: Atherton Press, 1968, p. 229-256.

<sup>436</sup> "Members of the bureaucracy, even though they may be practically immune from even indirect elective pressure, are expected to exercise their discretionary authority subject at least to some guidance by norms of representation". PENNOCK, J. Roland. Política representation: an overview. In: PENNOCK, J. Roland (ed.). *Representation*. New York: Atherton Press, 1968, p. 3-27. Citação na p. 9.

<sup>437</sup> Pitkin, op. cit., p. 109.

<sup>438</sup> Idem, p. 138-141.

representante se limitar a agradar o representado, o que pode significar um estímulo à realização de condutas paliativas, benéficas no curto prazo, ao invés da atenção aos interesses do representado em uma perspectiva mais ampla.

Definidas as diferentes acepções do termo representação, ainda é preciso debater o seu conteúdo e a avaliação de sua qualidade. A principal pergunta a ser respondida é se, uma vez assumida a função, o representante deve agir exclusivamente de acordo com sua consciência (teorias da independência) ou, no outro extremo, exclusivamente de acordo com a vontade explícita de seus constituintes (teorias do mandato). Entre esses dois extremos há algumas posições moderadas, tais como: agir por iniciativa própria, mas consultando os representados sobre questões polêmicas; agir por iniciativa própria até que seja instruído de outra forma; agir por iniciativa própria, salvo em matérias em relação às quais já tenha se comprometido explicitamente, perante os representados, quanto a uma linha de conduta<sup>439</sup>. A questão é dificultada pelo fato de que, tanto em matéria de representação política, quanto de representação processual, os representados constituem um grupo não necessariamente homogêneo, o que dificulta a percepção de qual seria a sua vontade, mesmo que o representante queira obedecê-la. Ainda que haja total homogeneidade no grupo, será difícil apreender sua vontade quando a ação necessitar de orientação mais elaborada que uma simples aceitação ou rejeição de determinada posição.

Não basta afirmar que o representante tem deveres tanto para com os representados, quanto para com o que ele considera ser a melhor decisão. O problema é estabelecer um critério de atuação quando essas duas visões colidem. Segundo Pitkin, essa pergunta oculta um paradoxo decorrente do modo de se ver a representação. As teorias da independência negam que a atividade de apenas repercutir, dar voz à opinião dos representados possa ser chamada de representação. Estes poderiam ter simplesmente enviado seus votos por via postal – ou, em uma visão tecnologicamente atualizada, pela internet – e ninguém diria que o envelope – ou o computador – representaria o indivíduo. Por outro lado, as teorias do mandato apontam que considerar que alguém é representante de outrem, quando ele diz “sim” em todas as situações em que o representado diria “não”, é

---

<sup>439</sup> Pitkin, op. cit., p. 146.

simples hipocrisia. Assim, as teorias do mandato veem a representação como ação, enquanto as teorias da independência a concebem como autorização. E ambas carregam consigo parcela de verdade. Essa disputa decorre do próprio paradoxo constitutivo da representação, em que alguém está presente e não está presente ao mesmo tempo. O representante precisa agir, ter vontade própria, ou será um instrumento, uma ferramenta, não um representante. Por outro lado, ele não pode persistentemente agir de modo distinto daquele que seus constituintes agiriam, ou deixará de ser representante. A solução proposta por Pitkin é a seguinte<sup>440</sup>:

A essência da atividade de representar parece consistir em promover os interesses do representado, em um contexto no qual ele é visto com alguém capaz de ação e julgamento, mas de uma forma que ele não se oponha ao que é feito em seu nome. A ação do representante deve ser no interesse de seu constituinte, mas a forma como ele o faz deve ser responsiva aos desejos do constituinte. Ele não precisa literalmente agir em resposta aos desejos do representado, mas esses desejos devem ser potencialmente relevantes e levados em conta. A responsividade é um tipo de critério negativo: o conflito deve ser possível, entretanto deve ser evitado.

É certo que esse critério é delicado, mas a autora acrescenta alguns elementos que podem fornecer parâmetros de avaliação. Primeiro, há situações em que o grupo representado é mais concreto, de modo que o representante deve dar mais atenção a sua opinião. Representar os interesses de consumidores requer mais atenção à sua vontade do que os interesses relacionados à paz mundial, porque “não há um grupo relevante correspondente a ser consultado”<sup>441</sup>. Em segundo lugar, é presumível que uma pessoa quer aquilo que é melhor para ela, de forma que se o representante está fazendo o que é bom para ela, normalmente estará fazendo o que ela quer. Em terceiro lugar, é preciso distinguir interesse em sentido jurídico – ter interesse em uma causa – do interesse em sentido psicológico, relativo à curiosidade. O interesse que concerne à representação é o interesse jurídico, aquele de quem tem algo objetivamente em jogo na situação, não a simples curiosidade<sup>442</sup>.

Se o interesse é vinculado a ter algo em jogo em determinada situação, é possível definir que os interesses oscilam entre o que Pitkin chama de interesses objetivos, que são aqueles que não estão vinculados especificamente a qualquer grupo particular de pessoas, nem podem ser medidos em relação a ele, como é o caso da

---

<sup>440</sup> Pitkin, op. cit., p. 155.

<sup>441</sup> Idem, p. 156.

<sup>442</sup> Idem, p. 157.

paz mundial e, de outro lado, os interesses subjetivos, que são aqueles em que é possível identificar indivíduos que têm algo em jogo naquela situação<sup>443</sup>. Na primeira situação, a falta de um grupo específico de constituintes outorga maior liberdade ao representante. Na segunda, será necessário resolver se a ação do representante deve se limitar à realização da vontade dos representados. Para a autora, o representante está vinculado aos interesses do representado, e não propriamente a sua vontade. Mas a definição desses interesses passa pela também pela consideração de sua vontade. Afinal, se espera que adultos capazes saibam e queiram o que é melhor para si. Assim<sup>444</sup>,

o representante também tem uma obrigação de ser responsivo para com a vontade do representado. Ele não precisa sempre obedecê-la, mas ele deve considerá-la, particularmente quando ela entra em conflito com o que ele vê como o interesse do representado, porque a razão dessa discrepância deve ser encontrada.

Nesses termos, o representante age não de acordo com a vontade dos representados, entendida como desejos ou comandos atuais e conscientes, mas de acordo com seus interesses, que são vantagens ou benefícios que estes poderão auferir a partir da ação desenvolvida. Isso não significa dizer que a ação do representante está livre para conflitar com a vontade do representado. Tal vontade é um dos elementos essenciais para que o representante defina quais são os interesses dos representados, já que, em regra, as pessoas são os melhores juízes de seus próprios benefícios.

Entretanto, a vontade do representado, conquanto relevante, pode não ser um guia suficiente para a atuação do representante. Por exemplo, o representado pode não ter uma opinião formada sobre uma situação, pode não compreender todos os elementos nela envolvidos, ou pode ser indiferente às alternativas presentes. Caso o representante aja em nome de vários representados, eles podem ter opiniões

---

<sup>443</sup> Pitkin, op. cit., p. 159. A autora alerta que pode não ser simples, em determinados contextos, definir um interesse como objetivo, uma vez que a tendência das teorias do interesse é deixar que a própria pessoa defina quais são as situações em que ela considera que tem algo em jogo. Assim, é possível igualar interesse a ter algo em jogo, mas seria o indivíduo que definiria quando ele tem algo em jogo. Essa visão vem da teoria utilitarista, que nega qualquer possibilidade de que alguém possa agir no interesse de outrem e contrariamente a sua vontade, uma vez que o indivíduo é o único metro de seus próprios interesses. E, de qualquer modo, o representante não o faria, já que, para o utilitarismo, ele também age em seu próprio interesse e, mesmo que não agisse, ele nunca saberia o interesse do representado melhor do que ele próprio.

<sup>444</sup> Pitkin, op. cit., p. 162.



divergentes, sem que exista uma forma predeterminada de se superar o impasse entre eles e sem que o representante possa adotar condutas distintas em relação a cada um. Nessas situações, o representante tem maior margem de liberdade para agir orientado por aquilo que julga ser o melhor interesse dos representados.

A dificuldade maior está na situação em que a vontade do representado ou do grupo é conhecida pelo representante e ele, apesar disso, age de modo contrário a ela, sob o argumento de que essa vontade não coincide com seus melhores interesses. O representante não é um veículo inanimado da vontade do representado, então essa possibilidade deve existir. Ela não é um vício da estrutura representativa. A questão é estabelecer seus limites, para garantir a fidelidade da representação. Pitkin propõe, para tanto, um critério de recorrência: o representante que está habitualmente em contraposição à vontade dos representados não é um representante genuíno<sup>445</sup>. Esse conflito sempre demandará uma reflexão, pelo representante, acerca das razões de sua discordância, levando-o a desconfiar de suas próprias visões e, por isso, a reexaminá-las criteriosamente. Agir contra a vontade do representado não é necessariamente ruim ou errado, mas é certamente anormal e não pode ser visto como algo rotineiro. Por essa razão, é ônus do representante apresentar ao representado as explicações de sua conduta, esclarecendo os motivos pelos quais seus interesses são melhor servidos pela desconsideração de sua vontade.

J. Roland Pennock<sup>446</sup> apresenta um interessante exemplo acerca dessa dificuldade da representação, supondo a necessidade do representante votar um lei de fluoretação obrigatória da água<sup>447</sup>. Se fosse feita uma pesquisa que demonstrasse forte reprovação da medida por parte dos eleitores, mas houvesse comprovação de

---

<sup>445</sup> Idem, p. 163.

<sup>446</sup> PENNOCK, J. Roland. Política representation: an overview. In: PENNOCK, J. Roland (ed.). *Representation*. New York: Atherton Press, 1968, p. 3-27.

<sup>447</sup> O exemplo é interessante porque a adição de flúor na água ocorre nos Estados Unidos desde a década de 1940 e, no Brasil, desde a década de 1970, sendo obrigatória nos sistemas públicos de abastecimento de água desde 1970, por disposição da Lei 6.050/74. Apesar disso, há forte desacordo acerca da efetividade da medida para a prevenção de cáries dentais, bem como sobre seus possíveis efeitos colaterais. Também é curioso que, no Brasil, a adição de flúor ao tratamento público de água começou no pequeno município capixaba de Baixo Guandu, na divisa com o estado de Minas Gerais. V. BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Atenção Básica. *Guia de recomendações para o uso de fluoretos no Brasil* / Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, Departamento de Atenção Básica. – Brasília : Ministério da Saúde, 2009.

que a oposição decorreria do desconhecimento de todos os fatos relevantes, tais como as evidências científicas quanto aos benefícios da proposta, o representante deveria votar em favor dela, porque assim estaria defendendo os interesses dos representados, mesmo que contra a sua vontade<sup>448</sup>. Caberia ao representante prestar a seus constituintes esclarecimentos acerca dos fatos por eles desconhecidos, que orientaram a conduta, garantindo, assim, a fidelidade de sua atuação.

Em síntese, o representante deve agir no interesse dos representados, ficando-lhe resguardado um certo grau de autonomia em relação às suas vontades. Essa autonomia autoriza eventuais ocorrências de conflitos entre representante e representados, mas esse conflito não pode ser tido como normal e ocorrer habitualmente<sup>449</sup>. Representação, portanto, não é uma questão de saber se o representante age de acordo com a vontade dos representados ou de acordo com as suas próprias. Normalmente, essas vontades devem ser coincidentes e, se não forem, deve haver uma razão para tanto.

Isso não significa que, desde que a divergência não seja recorrente, a posição do representante deve sempre prevalecer, bastando que seja justificada. Pitkin afirma que essa questão não tem uma solução *a priori*. Será preciso verificar, casuisticamente, as razões e o contexto da divergência. Feita em abstrato, a pergunta é incompleta e, por isso, não tem como ser respondida satisfatoriamente. Não há um princípio universal que dê conta desse dilema, mas dele é possível extrair uma regra de conduta para o representante: ainda que deva agir independentemente, no interesse do representado, sua conduta não deve rotineiramente entrar em conflito com a vontade deste. Esse é o limite da

---

<sup>448</sup> O exemplo de Pennock pressupõe o acordo científico no sentido de que a adição de flúor seria benéfica. Concretamente, entretanto, é preciso observar que esse acordo não existe. No momento em que o presente trabalho era escrito, tramitava na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 6359/2013, cujo objetivo era revogar, com apoio em argumentos científicos, a obrigatoriedade de adição de flúor à água. A medida, contudo, é apoiada pela Associação Brasileira de Odontologia, conforme entrevista de seu presidente, publicada em <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/ribeirao/ri1403201009.htm>>. Acesso em 20.01.15.

<sup>449</sup> PITKIN, Hanna Fenichel. *The concept of representation*. Berkeley: University of California Press, 1984, p. 164-165.

representação, ainda que, dentro desse limite, as visões do que é uma representação adequada possam variar<sup>450</sup>.

Em outro prisma, esse dissenso reflete as diversas teorias que procuram definir se a representação, no âmbito político, é de pessoas ou de interesses. Edmund Burke é o principal defensor da ideia de que a representação política é de interesses objetivamente definidos, de modo que seria irrelevante quem escolheu o representante<sup>451</sup>. Se ele defende um interesse, ele representa virtualmente todos aqueles que dele compartilham. Essa visão, ao definir os interesses de modo objetivo, sem levar em conta as pessoas, costuma ser associada ao autoritarismo<sup>452</sup>. Do lado oposto, estão as teorias utilitaristas e liberais, que sustentam que a representação é das pessoas e que os interesses só podem ser definidos em relação a elas. São as teorias fundantes da democracia moderna, principalmente de matriz norte-americana. É dela que derivam, por exemplo, as preocupações com a proporcionalidade dos representantes em relação à população etc. A democracia representativa seria apenas o melhor substituto disponível para a reunião de todas as pessoas<sup>453</sup>. O equilíbrio do governo é obtido quando cada representante atua segundo os interesses subjetivamente definidos de seus representados, que, em conjunto, serão os interesses da nação. Essa linha teórica, ligada ao utilitarismo, avançará para uma concepção que diferencia os interesses de longo prazo das

---

<sup>450</sup> Idem, p. 166.

<sup>451</sup> "Parliament is not a congress of ambassadors from different and hostile interests; which interests each must maintain, as an agent and advocate, against other agents and advocates; but parliament is a deliberative assembly of one nation, with one interest, that of the whole; where, not local purposes, not local prejudices, ought to guide, but the general good, resulting from the general reason of the whole. You choose a member indeed; but when you have chosen him, he is not member of Bristol, but he is a member of parliament. If the local constituent should have an interest, or should form an hasty opinion, evidently opposite to the real good of the rest of the community, the member for that place ought to be as far, as any other, from any endeavour to give it effect". BURKE, Edmund. Speech to the Electors of Bristol. In: KURLAND, Philip; LERNER, Ralph (orgs.). *The Founders' Constitution*, Volume 1, Chapter 13, Document 7. The University of Chicago Press. Disponível em <<http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/v1ch13s7.html>>. Acesso em 21.09.2014.

<sup>452</sup> Pitkin, op. cit, p. 189.

<sup>453</sup> No "Federalist Paper" 52, Madison afirma: "The scheme of representation, as a substitute for a meeting of the citizens in person". HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *The Federalist Papers*. Disponível em <<http://www.let.rug.nl/usa/documents/1786-1800/the-federalist-papers/>>. Acesso em 21.09.2014.

inclinações momentâneas, com o objetivo de obter uma concepção de interesse que vá além do simples egoísmo<sup>454</sup>, mas seu foco estará sempre no indivíduo.

A dificuldade final, também destacada por Hanna Pitkin, é que não existe um desenho institucional que possa assegurar a qualidade da representação, independentemente das pessoas que o operam<sup>455</sup>. Ainda que o desenvolvimento de boas instituições representativas seja fundamental, a qualidade da representação depende da possibilidade de que as questões postas aos cidadãos sejam respondidas com o uso da razão pública e não com preocupações voltadas para o seu ganho pessoal e momentâneo. Marek Sobolewski ressalta a importância de não se derivar para uma concepção muito formalista, quando se trata da representação de grupos. Afinal, na realidade, não existe uma “vontade geral” ou uma correspondência perfeita entre representados e corpo representativo. Na maioria das questões, os indivíduos não têm uma opinião definida. Há sempre uma superposição de opiniões inconsistentes entre os diferentes subgrupos, além de um grande número de desinteressados<sup>456</sup>.

Greg Pyrcz, trabalhando com um modelo abstrato de democracia, sugere que o representante deve atuar de modo a contribuir com o engajamento dos cidadãos representados no processo de deliberação pública. Para tanto, ele deve persistentemente considerar a possibilidade de que suas respostas para os problemas públicos podem estar erradas, prematuras ou necessitando de maior

---

<sup>454</sup> MILL, John Stuart. *The Collected Works of John Stuart Mill*. Vol. XIX. Toronto: University of Toronto Press, 1977, p. 443: “It will be said that none of these things are for the real interest of the most numerous class: to which I answer, that if the conduct of human beings was determined by no other interested considerations than those which constitute their “real” interest, neither monarchy nor oligarchy would be such bad governments as they are; (...) No one, surely, can doubt that many of the pernicious measures above enumerated, and many others as bad, would be for the immediate interest of the general body of unskilled labourers. It is quite possible that they would be for the selfish interest of the whole existing generation of the class. (...) Some of the most fatal changes in human affairs have been, as to their more manifest immediate effects, beneficial. (...) What it is the man’s interest to do or refrain from, depends less on any outward circumstances, than upon what sort of man he is. If you wish to know what is practically a man’s interest, you must know the cast of his habitual feelings and thoughts. Everybody has two kinds of interests, interests which he cares for, and interests which he does not care for. Everybody has selfish and unselfish interests, and a selfish man has cultivated the habit of caring for the former, and not caring for the latter. Every one has present and distant interests, and the improvident man is he who cares for the present interests and does not care for the distant”.

<sup>455</sup> Pitkin, op. cit., p. 239.

<sup>456</sup> SOBOLEWSKI, Marek. Electors and representatives: a contribution to the theory of representation. In: PENNOCK, J. Roland (ed.). *Representation*. New York: Atherton Press, 1968, p. 95-107.

desenvolvimento, respeitando as posições alheias e, ao mesmo tempo, buscando assegurar que a vontade expressa do representado informe suas decisões. Em segundo lugar, ele deve apoiar medidas que permitam que os representados formem essa vontade com consciência do que está em jogo. No contexto político, isso significa apoiar providências que minorem as debilidades dos cidadãos, como melhorias na educação e em todas as demais condições sociais e políticas desfavoráveis à deliberação pública<sup>457</sup>. Para o processo representativo, o que se pode extrair do pensamento do autor é que a comunicação não precisa ser unilateral. Ao representante não cabe apenas ouvir e executar, nem ignorar a vontade dos representados quando a julga inadequada, mas também contribuir, na medida de suas possibilidades, para a criação das condições necessárias para a melhoria da qualidade das deliberações que originam essa vontade. Prover ao representado as informações sobre o que está em jogo no processo, convidando-o e mesmo provocando-o a uma reflexão, seria um primeiro e importante passo para tanto<sup>458</sup>.

### 3.14.2 A crise e o futuro da representação

A expansão da análise do processo coletivo que até aqui se pretendeu realizar, fundando sua estrutura na teoria da representação, tal como desenvolvida na ciência política, não estaria completa sem um desconfortável contratempo. Ironicamente, o processo se voltou para a representação em um de seus piores momentos.

Durante o século XIX e início do século XX, a democracia representativa se impôs como o ideal de governo do mundo “civilizado”. Para se apresentar como necessidade, a representação precisou apenas demonstrar que era uma condição para a sobrevivência da democracia. Ou o sistema se contentava em restringir, na maioria das situações, a participação popular à escolha de representantes, ou ele seria inviável. Essa ideia, além de seu apelo em uma realidade visível, contava com

---

<sup>457</sup> PYRCZ, Greg. Demanding Deliberative Democracy and representation. In: LAYCOCK, David (ed.). *Representation and Democratic Theory*. Vancouver: UBC Press, 2004, p. 179-196.

<sup>458</sup> Idem, p. 189.

o apoio dos democratas conservadores, que, contemplando os levantes populares de meados do século XIX e a ascensão do socialismo soviético, no século XX, estavam ansiosos em fechar a caixa de pandora de um governo da multidão. A democracia aceitou a premissa de que a participação não se dá em primeira pessoa, mas em terceira<sup>459</sup>. Por ironia, nesse mesmo momento histórico, o processo civil praticamente abandonou as ações representativas, existentes na Idade Média e no início da modernidade. Para o processo, não havia problema a ser solucionado. Se sequer o voto era universal, o acesso à justiça era praticamente desconhecido da quase totalidade da população.

No final do século XX e início do século XXI, participação e representação se tornaram os pontos mais problemáticos da política, tanto em termos teóricos, quanto nos debates públicos. A representação é uma das categorias mais questionadas quando se trata do “déficit democrático” das sociedades contemporâneas, cujas causas são menos que claras. A linha de pensamento que costuma ser referida como de democracia radical ganhou espaço, defendendo que a representação é causa de alienação dos representados<sup>460</sup> e apontando as contradições no modelo. Paul Hirst, em artigo de 1988, assinalou que os representados escolhem apenas pessoas, não políticas. Uma vez eleito o representante, a decisão sobre as políticas será inteiramente dele, de modo que enxergar o representado como se presente estivesse nesse momento é superestimar o potencial da escolha originária<sup>461</sup>. Enquanto comumente se mencionam a desvinculação dos agentes políticos de suas bases eleitorais, influência indevida da mídia, corrupção, opressão ou falta de devida atenção às minorias, desengajamento dos eleitores<sup>462</sup>, autores como Matsusaka apontam que o “eclipse do legislativo representativo” decorre da melhoria da educação e da conscientização do público, que o indispõe a aceitar o mito

---

<sup>459</sup> WARREN, Mark E. What can democratic participation mean today? In: LAYCOCK, David (ed.). *Representation and Democratic Theory*. Vancouver: UBC Press, 2004, p. 197-219.

<sup>460</sup> Um dos pioneiros e mais citados nessa linha é BARBER, Benjamin. *Strong Democracy: Participatory Politics for a New Age*. 2. ed. Berkley: University of California Press, 2003.

<sup>461</sup> HIRST, Paul. Representative Democracy and Its Limits. In: *The Political Quarterly*, vol. 59, n. 2, 1988, p. 199-213. O autor expandiu esse argumento em livro homônimo: HIRST, Paul. *Representative Democracy and its Limits*. Cambridge: Polity, 1991.

<sup>462</sup> LAYCOCK, David (ed.). *Representation and Democratic Theory*. Vancouver: UBC Press, 2004.

paternalista de representantes mais inteligentes, sábios ou bem informados<sup>463</sup>. As pessoas passaram a se considerar competentes o bastante para tomar as decisões das quais antes estavam alijadas.

No aspecto teórico, cada vez mais autores passaram a se dedicar a demonstrar os problemas da representação. Por exemplo, toda teoria de representação, por mais elaborada que seja, corre o risco de funcionar inadequadamente porque assume implicitamente algumas expectativas que podem não se confirmar na prática. Caso seja fundada na liberdade de escolha dos representados, a teoria assume que eles são efetivamente livres para fazer essas escolhas. Se o fundamento for seu interesse, presume-se que eles sejam identificáveis – o que não é certo, já que interesses são rotineiramente variáveis de acordo com o tempo e as circunstâncias – e que o representante será capaz de identificá-los e hierarquizá-los. As teorias que embasam a representação no mérito ou na virtude do representante presumem que esses predicados o habilitam a agir da forma como será melhor para o grupo, o que é altamente questionado desde a vetusta formulação platônica dos “reis-filósofos”<sup>464</sup>. Greg Pyrcz, que elabora um modelo ideal de representação, reconhece que o mesmo demanda a presunção de que o representante é capaz de respeitar profundamente as diferenças e as verdades alheias como base epistêmica para a democracia<sup>465</sup>.

Há, além disso, a já mencionada preocupação com o pluralismo. Como explica Simone Chambers, “na medida em que o pluralismo cresce, aumenta o número de pontos de vista que precisam ser representados, o que nos leva de volta ao problema original”, ou seja, “não é mais plausível representar todos os pontos de vista do que seria ter todos os cidadãos presentes no governo”<sup>466</sup>. A representação,

---

<sup>463</sup> MATSUSAKA, John G. The eclipse of legislatures: Direct democracy in the 21st century. In: *Public Choice*, vol. 124, n. 1, 2005, p. 157-177.

<sup>464</sup> É conhecida a frase de Robert Dahl, no sentido de que, depois de 25 séculos, as únicas pessoas que parecem estar convencidas das vantagens de serem governadas por reis filósofos são uns poucos filósofos. Ver DAHL, Robert. *Pluralist Democracy in the United States: Conflict and Consent*. Skokie: Rand McNally, 1967, p. 8.

<sup>465</sup> PYRCZ, Greg. Demanding Deliberative Democracy and representation. In: LAYCOCK, David (ed.). *Representation and Democratic Theory*. Vancouver: UBC Press, 2004, p. 179-196.

<sup>466</sup> CHAMBERS, Simone. Representing pluralism: a comment on Pyrcz, Warren and Kernerman. In: LAYCOCK, David (ed.). *Representation and Democratic Theory*. Vancouver: UBC Press, 2004, p. 220-233.

originalmente, se apresentava como uma alternativa atraente para um problema concreto, propondo-se a fazer presentes no debate os pontos de vista de pessoas ausentes. Esses pontos de vista agora são tantos e tão variados que a representação passa a ter, dentro de si, o problema que visava solucionar.

Enquanto a representação agoniza, os recursos tecnológicos aumentam a possibilidade de que a democracia direta, antes inalcançável, seja efetivamente implementada. Se antes se podia afirmar que a democracia só poderia existir de modo representativo, agora essa configuração parece meramente conjuntural: ela é uma solução opcional e, talvez, descartável. Todos os argumentos conservadores começam a ruir quando se considera que, com a internet, é possível, com baixo custo financeiro, informar qualquer pessoa, em qualquer lugar, sobre qualquer assunto e colher sua opinião acerca dele. Mesmo que políticas tecnicamente complexas ainda pareçam pouco talhadas para esse tipo de iniciativa, a realidade das possibilidades de participação hoje supera os limites imaginados pela ficção há trinta anos.

Além disso, as macro decisões sobre estabelecimento de prioridades públicas e linhas de conduta do Estado dificilmente envolvem conhecimentos profundos de política ou de economia. O cidadão poderia decidir diretamente sobre macro-orientações e deixar apenas os detalhes a cargo de representantes. Quanto mais estes decepcionam os representados, agora mais informados, mais essa ideia se torna atraente. É fácil imaginar os resultados de uma consulta popular sobre orçamento público em relação aos gastos com publicidade institucional. No entanto, eles atingiram, apenas no governo federal, R\$ 2,3 bilhões no exercício de 2013<sup>467</sup>. Esse valor não teria sido aprovado por uma deliberação direta dos eleitores e, mesmo assim, o foi por seus representantes.

Por essas razões, não apenas a ciência política, mas também a opinião pública tende a considerar a representação um conceito a caminho da falência. Em uma pesquisa de 2005, 66% dos entrevistados, nos Estados Unidos, responderam que consideravam mais provável que as leis aprovadas diretamente estivessem mais de

---

<sup>467</sup> A informação foi divulgada em quase todos os periódicos brasileiros. Ver, por exemplo, o jornal Folha de São Paulo, em 16 de abril de 2014.



acordo com o interesse público. Apenas 20% favoreceram a decisão por um corpo legislativo representativo<sup>468</sup>. A democracia representativa também não é a preferida no campo teórico atualmente. David Laycock observa que dois dos maiores pensadores da democracia no século XX, Habermas e Rawls, praticamente ignoram as práticas representativas<sup>469</sup>, sendo a preferência da teoria política, na contemporaneidade, claramente pela democracia deliberativa, embora seja certo que esta é compatível tanto com a democracia direta, quanto com a representativa, pois enfoca as condições da deliberação que antecede a decisão<sup>470</sup>, e não os problemas específicos de um ou outro modelo.

Apesar da preferência acadêmica, a democracia representativa continua dominando a vida pública contemporânea, enquanto a democracia deliberativa permanece, em grande medida, presa às construções abstratas de seus idealizadores<sup>471</sup>. O debate sobre os dilemas da democracia representativa, a forma de escolha do representante ou o grau de controle sobre ele exercido pelos representados, continua em aberto. Por outro lado, sua substituta mais evidente, a democracia direta, ainda não forneceu resposta adequada ao delicado problema da proteção das minorias. Nos Estados Unidos, iniciativas conservadoras, como a proibição do casamento entre pessoas do mesmo sexo, foram aprovadas por voto popular em 30 estados, ao longo da primeira década dos anos 2000. Em 24 estados coube ao Poder Judiciário, por intermédio de declaração de inconstitucionalidade, desfazer os

<sup>468</sup> A pesquisa é mencionada em MATSUSAKA, John G. The eclipse of legislatures: Direct democracy in the 21st century. In: *Public Choice*, vol. 124, n. 1, 2005, p. 162. É preciso observar que ela foi organizada por uma instituição especificamente voltada à promoção da iniciativa popular de leis e de referendos.

<sup>469</sup> LAYCOCK, David (ed.). *Representation and Democratic Theory*. Vancouver: UBC Press, 2004. Ver HABERMAS, Jürgen. *The theory of communicative action*. 2 vols. Trad. Thomas McCarthy. Boston: Beacon Press, 1984.

<sup>470</sup> A literatura sobre o assunto é muito rica. Um dos primeiros autores a utilizar o termo foi BESSETTE, Joseph. Deliberative Democracy: The Majority Principle in Republican Government. In: GOLDWIN, Robert A.; SCHAMBRA, William A. (eds.) *How Democratic is the Constitution?* Washington, D.C.: AEI Press, 1980, p. 102–116. Uma visão geral sobre o tema pode ser obtida em ELSTER, John (ed.). *Deliberative democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998. Ver também BOHMAN, James e REHG, William (eds.). *Deliberative Democracy: essays on reason and politics*. Cambridge: The MIT Press, 1997.

<sup>471</sup> A democracia deliberativa, apesar da extensão e profundidade dos estudos que gerou, continua devendo respostas para alguns de seus problemas básicos, o principal dos quais é saber se a discussão de fato aumenta a qualidade das decisões e melhora a democracia. Nesse sentido, comparar FEARON, James D. Deliberation as discussion. In: ELSTER, John (ed.). *Deliberative democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998, p. 44-68, com STOKES, Susan C. Pathologies of deliberation. In: ELSTER, John (ed.). *Deliberative democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998, p. 123-139.

efeitos da vontade da maioria. Entre os estados que aprovaram essa modalidade de união, apenas 3 o fizeram por iniciativa popular, enquanto em 8 ela foi obra do Poder Legislativo.<sup>472</sup> Embora os fatores envolvidos nesse movimento sejam múltiplos, parece haver indícios de que os corpos representativos ainda são mais sensíveis aos direitos das minorias – embora não suficientemente, dado o protagonismo do Judiciário – do que a votação direta, protagonizada pelo cidadão comum<sup>473</sup>.

Esse é um eloquente alerta para o estudioso do processo coletivo. Nem mesmo os cientistas políticos que consideram que a democracia representativa tem chances de sobreviver ao assalto da democracia direta – e não são todos os que compartilham dessa posição – acham possível que a representação exista, tal como imaginada no século XIX, como uma forma disfarçada de aristocracia, permitindo-se que o representante, uma vez estabelecido, aja sem qualquer referência às posições dos representados. As vantagens da representação, em uma sociedade complexa, são visíveis e inegáveis. O problema é lidar com a pluralidade de respostas e de opiniões em relação à ordenação de valores públicos em qualquer grande grupo e com a percepção e expressão dessas prioridades pelo representante.

---

<sup>472</sup> Esse não é o único exemplo. Em 1994, os eleitores da liberal Califórnia aprovaram, com ampla maioria, uma proposição para negar educação, saúde e outros serviços sociais a estrangeiros em situação irregular no país. No Alabama, a Constituição estadual exige referendo popular para sua alteração, antecedido por aprovação de 60% do legislativo. A Constituição, que é de 1901, ainda contém dispositivo determinando a segregação racial nas escolas, ineficaz há mais de 50 anos, em virtude da decisão da Suprema Corte em *Brown v. Board of Education of Topeka*. Em 2004, o legislativo aprovou um referendo para, finalmente, retirar esse dispositivo da Constituição. Surpreendentemente, a iniciativa foi derrotada por 50,1% dos eleitores, de modo que a segregação permaneceu inscrita na Constituição. Em 2012, novo referendo foi aprovado pelo legislativo e votado pela população. Por incrível que possa parecer, uma maioria ainda mais maciça, 60,67% dos eleitores votou pela manutenção do texto, rejeitando a proposta do referendo. Isso faz com que se leia, na Seção 256, da vigente Constituição do estado do Alabama, a seguinte disposição: “Separate schools shall be provided for white and colored children, and no child of either race shall be permitted to attend a school of the other race”.

<sup>473</sup> Contra a crítica lançada no texto, afirmando que os estudos empíricos em desfavor da democracia direta são superestimados, ver BOWLER, Shaun. When Is It OK to Limit Direct Democracy? In: *Minnesota Law Review*, vol. 97, 2013, p. 1780-1803.

### 3.15 Teoria geral do processo representativo

As considerações anteriores levam a uma conclusão aparentemente paradoxal: ao mesmo tempo em que o processo participativo não é uma exigência constitucional para além de suas possibilidades instrumentais, sendo possível a implementação de modelos processuais representativos, a crise teórica da representação, no campo em que seu debate mais avançou, que é o da representação política, contraindica a conclusão de que, em razão da viabilidade constitucional, se deva advogar a introdução indiscriminada de processos civis representativos no ordenamento jurídico. Possibilidade constitucional não implica viabilidade operacional, de modo que um processo que se pretenda representativo deve ser capaz de lidar com os mesmos desafios que se apresentam à atividade política, apresentando uma fórmula para permitir que a representação seja, de alguma maneira, logicamente regressível aos representados. Em outras palavras, é preciso formular um conceito de representação processual que vá além da mera descrição do fenômeno, ou seja, que regule a conduta e as expectativas dos envolvidos, e não que meramente afirme que o papel do representante é atuar pelos ausentes.

É igualmente necessário superar a ideia de que a representação, no processo coletivo brasileiro, se relaciona com a substituição processual, pensada para o contexto do processo individual. Neste, o indivíduo decide livremente demandar seus próprios direitos e, para tanto, contrata um advogado ou se vale dos mecanismos postulatórios autorizados em lei. Durante todo o processo, esse indivíduo retém o controle do litígio, podendo, pelo menos teoricamente, dar a ele o rumo que desejar. Nas raras situações em que se admite que alguém demande direito alheio, o representante está em uma posição marcadamente próxima à do representado, o que o torna, sem muita dificuldade, portador de seus interesses. Basta citar os exemplos do condômino que reivindica a coisa comum<sup>474</sup>, do denunciado à lide, que defende os interesses do denunciante<sup>475</sup>, ou do capitão do

---

<sup>474</sup> Código Civil, art. 1.314.

<sup>475</sup> Arts. 70-76, CPC.

navio para exigir o pagamento do frete<sup>476</sup>. A doutrina do processo não percebe, ao citar esses exemplos, em conjunto com a representação existente no processo coletivo<sup>477</sup>, que as situações são marcadamente distintas. Os exemplos em que o ordenamento jurídico admite representação de um indivíduo pelo outro são facilmente justificáveis, à luz da evidente proximidade de interesses entre o representante e o representado. A representação processual coletiva é diferente dessas situações, porque não há qualquer interesse coincidente entre o representante e o representado. O processo coletivo brasileiro optou por atribuir a condição de representante coletivo a pessoas que não têm interesse direto na solução do conflito.

Embora os autores diverjam sobre as condições da representação democrática, reiteradamente se afirma que ela deve ser estruturada a partir de algum mecanismo de escolha do representante pelos representados e de prestação de contas (*accountability*) do exercício de seu mister<sup>478</sup>. No âmbito processual, os mesmos indícios que colocam em dúvida o interesse dos representados no ajuizamento de demandas individuais para a tutela dos direitos violados - reduzida dimensão pessoal da lesão, falta de informação sobre sua ocorrência ou suas consequências, disparidade de recursos em relação ao réu e confiança de que as providências necessárias serão adotadas por algum outro agente<sup>479</sup> - são aplicáveis à avaliação de sua disposição para escolher um representante ou para supervisionar sua atuação de modo eficaz. Assim, as condições básicas da representação políticas são inviabilizadas, no processo civil representativo, pelos mesmos motivos que levaram à sua implementação.

---

<sup>476</sup> Art. 527 do Código Comercial.

<sup>477</sup> No sentido criticado, DIDIER JR., Fredie. *Fonte normativa da legitimação extraordinária no novo Código de Processo Civil: a legitimação extraordinária de origem negocial*. Disponível em <[https://www.academia.edu/8541198/Fonte\\_normativa\\_da\\_legitimação\\_extraordinária\\_a\\_legitimação\\_extraordinária\\_negocial](https://www.academia.edu/8541198/Fonte_normativa_da_legitimação_extraordinária_a_legitimação_extraordinária_negocial)>. Acesso em 16.12.14. Os exemplos citados no texto, cujos dispositivos legais de referência são mencionados nas três notas anteriores, são deste texto.

<sup>478</sup> YOUNG, Iris Marion. *Inclusion and democracy*. New York: Oxford University Press, 2000.

<sup>479</sup> Trata do óbide relacionado à falta de estímulo pessoal para agir, em uma situação em que as recompensas serão compartilhadas por todos, independentemente de quem atuou OLSON, Mancur. *The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups*. Cambridge: Harvard University Press, 1965.

Em certa medida, a teoria do processo busca afastar essa objeção ao argumento de que a representação decorre de lei, aprovada por um Poder Legislativo democraticamente escolhido, de modo que, reflexamente, a escolha dos representantes legislativos legitima a escolha, por parte deles, dos representantes processuais. Afinal, legitimidade processual é um assunto técnico demais para ser submetido a qualquer esquema de democracia direta. Não se pode imaginar que os cidadãos sejam chamados a avaliar, em plebiscito, a conveniência da manutenção do art. 6º do CPC ou do art. 5º da LACP. Esse argumento, todavia, não se sustenta. Conforme se demonstrou no Capítulo 2, nem todas as lesões coletivas atingem todas as pessoas, de modo que não se pode presumir que o corpo representado seja o mesmo, quando se trata da eleição do Poder Legislativo e da atividade jurisdicional especificamente relacionada a um litígio coletivo concretamente verificado. Logo, a legitimidade representativa do legislador não pode ser aplicada ao legitimado coletivo, ao argumento de que essa atribuição lhe foi outorgada em lei. Segundo, as funções da representação processual são distintas das funções legislativas, sobretudo no que tange à proteção das minorias. Abraçar o argumento da legitimação indireta da representação significaria autorizar o legislativo a instituir esquemas representativos que pudessem ser desfavoráveis a esses grupos. Permitiria também, como apontado por Robert Bone, a aprovação de arranjos representativos consideravelmente mais abrangentes que o que a maioria dos processualistas parece disposta a aceitar<sup>480</sup>. Terceiro, o argumento é construído sobre uma circularidade que o faria aplicável a qualquer medida legislativa. Sempre seria possível afirmar que o conteúdo de uma lei é democrático porque ela foi aprovada pelo legislador. A verificação da compatibilidade das leis com o regime democrático, insculpido na Constituição, não é obstada por sua aprovação por um órgão democraticamente escolhido.

Assim, a construção de uma teoria da representação processual deve definir quem é representado no processo, qual a relevância das posições desses representados para a atuação do representante, como deve ser regulada a atuação deste e, finalmente, a forma como o esquema representativo se enquadra em uma tradição processual que é reiteradamente afirmada como participativa. Quanto ao primeiro

---

<sup>480</sup> BONE, Robert. Rethinking the "day in court" ideal and nonparty preclusion. In: *New York Law Review*, vol. 67, n. 2, 1992, p. 193-293.

problema, já se apresentou uma resposta no capítulo anterior, sugerindo-se que o corpo representado se define a partir da análise dos efeitos da violação. As pessoas por ela atingidas são as titulares do direito litigioso e, por essa razão, são representadas processualmente. Cabe, no momento, abordar o segundo elemento, para verificar em que medida as posições dos representados são relevantes para a atuação do representante, sendo certo que essa delimitação está intimamente relacionada à regulação de sua conduta.

Inicialmente, é imperativo esclarecer o significado da expressão “posições dos representados”. De modo geral, a literatura jurídica se refere aos “interesses” dos representados no processo coletivo, sem, contudo, explicar o que seriam esses interesses e como eles seriam apreendidos pelo representante. Essa obscuridade permite que, implicitamente, se repute como interesses dos representados aquilo que é afirmado pelo representante. Tal reducionismo tornaria inútil o exercício de delimitação do grupo titular dos direitos, realizado no capítulo anterior. Não adianta saber quem são os representados se não se define qual o conteúdo da representação.

A proposta que se apresenta para avançar a construção teórica segue a linha de Iris Marion Young, para quem a representação pode ser de interesses, opiniões ou perspectivas dos ausentes. Young conceitua interesse como “aquilo que afeta ou é importante para os horizontes de vida dos indivíduos ou para as metas das organizações. Um agente individual ou coletivo tem interesse naquilo que é necessário ou desejável para que sejam alcançados os fins que ele almeja”<sup>481</sup>. Os interesses são os meios, os recursos que uma pessoa busca para realizar suas ideias, valores e princípios. Por essa razão:

Os interesses frequentemente conflitam não apenas entre agentes, mas também nas ações de um único agente. Ao procurar obter os recursos de que precisam para realizar uma variedade de fins, os agentes tendem a descobrir que alguns desses recursos são relativamente escassos<sup>482</sup>.

Nesses termos, a afirmação de que alguém representa os interesses de outro é insuficiente para justificar o processo representativo, especialmente na ausência de

---

<sup>481</sup> YOUNG, Iris Marion. Representação política, identidade e minorias. Tradução de Alexandre Morales. In: *Revista Lua Nova*, vol. 67, 2006, p. 139-190. Citação p. 158.

<sup>482</sup> Idem, p. 159.

mecanismos para a qualificação e verificação desses interesses. A presunção de que um grupo possa compartilhar, uniformemente, interesses sobre uma determinada situação é dissociada da realidade. Mesmo quando os interesses de um grupo são criteriosamente investigados, o mais provável é que se sobressaíam apenas aqueles que correspondem às posições majoritárias em seu seio<sup>483</sup>.

O segundo conteúdo possível da atividade representativa é a representação de opiniões. Ainda que, aparentemente, a representação de opiniões pareça mais simples, já que são conhecidos mecanismos para coletá-las, ela é ainda mais difícil de ser aproveitada para a construção de uma teoria geral da representação processual. Young define como opiniões os juízos ou crenças dos indivíduos sobre como as coisas são ou devem ser, as quais são pautadas, predominantemente, por seus valores, prioridades e princípios<sup>484</sup>. As opiniões, de modo mais intenso que os interesses, são contestáveis e possuem variados graus de fundamentação, o que as torna mais mutáveis e, portanto, mais difíceis de serem representadas com o transcurso do tempo. Um legitimado coletivo que se fie apenas em opiniões dos representados para definir sua atuação correrá o risco de elaborar uma petição inicial por eles aclamada, apenas para obter, futuramente, tutela jurídica que esses mesmos representados reputarão inadequada.

Em terceiro lugar, é possível representar perspectivas. Perspectivas sociais derivam da posição que uma pessoa ocupa na sociedade: “Conforme suas posições sociais, as pessoas estão sintonizadas com determinados tipos de significados e relacionamentos sociais, com os quais outras pessoas estão menos sintonizadas”<sup>485</sup>. A perspectiva social, ao contrário dos interesses e das opiniões, pode ser inconsciente e condiciona a compreensão que os indivíduos têm de determinados eventos sociais e suas consequências. Assim, diferentes posicionamentos dentro da sociedade fazem com que as pessoas experimentem os processos sociais de modo diferenciado, apreendendo aspectos distintos de cada evento e chegando a conclusões valorativas diversas em relação a eles. A perspectiva social não tem

---

<sup>483</sup> No sentido do texto, KYMLICKA, Will. *Multicultural citizenship*. Nova York: Oxford University Press, 1996.

<sup>484</sup> YOUNG, Iris Marion. Representação política, identidade e minorias. Tradução de Alexandre Morales. In: *Revista Lua Nova*, vol. 67, 2006, p. 139-190. Citação, p. 160.

<sup>485</sup> Idem, p. 162.

conteúdo determinado, caracterizando-se por um “conjunto de questões, experiências e pressupostos mediante os quais mais propriamente se iniciam raciocínios do que se extraem conclusões”<sup>486</sup>.

A perspectiva social seria uma candidata mais promissora para descrever o que se representa em um processo coletivo, já que ela tem caráter mais geral e menos mutável que os interesses e as opiniões. Pessoas que partilham uma perspectiva social podem ter opiniões e interesses diversos, mas detêm afinidade com as experiências uns dos outros, que as aproxima e potencializa a compreensão recíproca, mais do que em relação a pessoas com perspectivas sociais distintas. O exemplo de Young é ilustrativo:

Por mais de cinquenta anos o semanário Pittsburgh Courier foi um veículo muito importante para os afro-americanos da cidade de Pittsburgh, mas também de muitas outras partes dos Estados Unidos. Creio que esse periódico ilustra muito bem a diferença entre perspectiva, de um lado, e interesse e opinião, de outro. Os eventos e as polemicas nele noticiados mostram a pluralidade de interesses – nem sempre compatíveis – dos afro-americanos de Pittsburgh e de toda parte. Nas páginas de opinião encontra-se uma gama ideológica que vai do libertarianismo de extrema-direita ao socialismo de extrema-esquerda, do separatismo econômico ao integracionismo liberal. A despeito dessa variedade de interesses e opiniões, não é difícil identificar como o Pittsburgh Courier expressa uma perspectiva afro-americana<sup>487</sup>.

Enquanto os interesses e opiniões de membros do grupo, ou entre grupos diferentes, podem ser conflitantes, as perspectivas são usualmente complementares, já que significam apenas formas distintas de ver o mundo. Interesses ou opiniões podem ser considerados legítimos ou ilegítimos, mas perspectivas são apenas diferentes. As perspectivas decorrem das estruturas que posicionam as pessoas na sociedade, independentemente de sua vontade. A perspectiva dos negros em relação ao problema racial, por exemplo, é distinta da perspectiva dos brancos, mas isso não significa que uma seja verdadeira e a outra, falsa, ou que elas se anulem mutuamente. Por outro lado, os interesses e as opiniões que derivam ou são influenciados por essas perspectivas podem ser conflitantes e inconciliáveis.

---

<sup>486</sup> Idem, p. 163.

<sup>487</sup> Idem, p. 164-165.



Há, todavia, dois problemas no transporte da representação de perspectivas para o processo civil. O primeiro é que ela se aplicaria apenas aos litígios locais, nos quais seria viável que os envolvidos compartilhassem a mesma posição social. Nos outros dois tipos de litígios, o mais provável é que a sociedade lesada englobe grupos diversos, com mais de uma perspectiva social. Segundo, mesmo em relação a grupos com perspectivas bem definidas, Young é cética quanto à possibilidade de que a representação possa ser exercida por pessoas que não sejam igualmente possuidoras dos atributos ou vivências que geram as perspectivas<sup>488</sup>. Em outras palavras, a possibilidade de que alguém que não esteja em determinada posição social represente aquela perspectiva, ainda que existente, é restrita.

Conforme se percebe, a dificuldade de estruturação de uma teoria representativa decorre da variedade de sentidos que a representação pode ter<sup>489</sup>, das possibilidades, igualmente plúrimas, de conteúdo da atividade representativa<sup>490</sup> e das distintas configurações dos grupos representados<sup>491</sup>. Como diz Paul Hirst, não existe forma objetiva de julgar a qualidade de um esquema representativo, sem compará-lo com outro. Como esses esquemas são complexos, as comparações são imprecisas, pois se limitam a enfocar vantagens e desvantagens pontuais, as quais não são necessariamente apreensíveis fora do esquema como um todo<sup>492</sup>. A representação, entretanto, é necessária, tanto na esfera democrática, quanto no âmbito jurisdicional. No mundo contemporâneo, em que a vida dos indivíduos está vinculada a condutas múltiplas e simultâneas de variados atores sociais, é ingênuo imaginar que alguém possa participar de todos os processos e decisões que o afetem<sup>493</sup>. A expansão do processo coletivo no mundo, com a “globalização das *class actions*”, demonstra que a atividade representativa no âmbito jurisdicional é

---

<sup>488</sup> Idem, p. 179.

<sup>489</sup> PITKIN, Hanna Fenichel. *The concept of representation*. Berkeley: University of California Press, 1984.

<sup>490</sup> YOUNG, Iris Marion. *Inclusion and democracy*. New York: Oxford University Press, 2000.

<sup>491</sup> KYMLICKA, Will. *Multicultural citizenship*. Nova York: Oxford University Press, 1996.

<sup>492</sup> HIRST, Paul. Representative Democracy and Its Limits. In: *The Political Quarterly*, vol. 59, n. 2, 1988, p. 199-213.

<sup>493</sup> Conforme assevera Robert Dahl, governos de larga escala não podem ser perfeitamente participativos, tal como concebia a doutrina democrática clássica e, no entanto, é necessário que eles existam, portanto, “melhor que sejam tão democráticos quanto possível, em vez de não democráticos”. DAHL, Robert. *A democracia e seus críticos*. Tradução de Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012, p. 365.

cada vez mais inevitável<sup>494</sup>. Como afirma Young, o cidadão espera que outros pensem em situações como a sua nos diversos fóruns de discussão, de modo que ele não precise estar presente em todos para que sua visão seja considerada<sup>495</sup>.

O fato da teoria da representação ainda não ter sido capaz de solucionar, no âmbito da ciência política, todas essas dificuldades, indica que a transposição do instrumento para o processo deve ser limitada. Nos termos anteriormente delineados, a representação processual, por si só, não é incompatível com a garantia constitucional do devido processo legal. Não obstante, a representação deve ter contornos que possibilitem a estruturação de um processo apto a prestar tutela jurisdicional adequada ao direito material violado. Essa aptidão não deve ser superestimada. A representação processual carece de uma série de elementos reputados essenciais pela teoria política. O representante não é escolhido pelo grupo, nem a ele presta contas, não compartilha de suas perspectivas sociais, não é obrigado a verificar seus interesses e suas opiniões, nem a se orientar em relação a eles. O que o processo civil usualmente conhece como representação de grupos é apenas a expressão eufemística da escolha pragmática do legislador para que alguém aja, de acordo com sua própria convicção, em nome de outros, que são excluídos da participação. Não existe uma teoria representativa que possa ser aplicada para se chegar a esse resultado.

A única solução que parece viável para a construção de uma teoria do processo representativo é embasá-la não na oposição, mas na complementaridade entre participação e representação. Isso exige a reelaboração tanto da ideia de participação, quanto de representação. A representação sempre incorre no dilema de “um para muitos”, sendo impossível que se exija qualquer tipo de identidade, entendida como similitude de características, entre representantes e representados. A lógica identitária inviabiliza a representação<sup>496</sup>. Existe, necessariamente,

---

<sup>494</sup> HENSLER, Deborah; HODGES, Christopher; TULIBACKA, Magdalena (eds.). *The Globalization of Class Actions*. Thousand Oaks: Sage Publications, 2007. Apenas entre 2013 e 2014, novas normas autorizando a condução de processos representativos em favor de grupos foram aprovadas em países tão distintos quanto o Japão e a Bélgica.

<sup>495</sup> YOUNG, Iris Marion. *Representação política, identidade e minorias*. Tradução de Alexandre Morales. In: *Revista Lua Nova*, vol. 67, 2006, p. 139-190.

<sup>496</sup> YOUNG, Iris Marion. *Representação política, identidade e minorias*. Tradução de Alexandre Morales. In: *Revista Lua Nova*, vol. 67, 2006, p. 147.

separação entre representante e representados, de modo que, mesmo que o representante fale pelos representados, não pode falar como eles fariam. “O representante irá se afastar dos eleitores, mas também deve estar, de alguma forma, conectado a eles, assim como os eleitores devem estar conectados entre si”<sup>497</sup>. O defeito da representação, portanto, não se dá se o representante deixa de agir exatamente como os representados agiriam, mas se perde a conexão com estes. Quanto maior e mais heterogêneo é o grupo, mais fácil é o rompimento dessa relação. A manutenção do vínculo exige que tanto o representante quanto os representados adotem atitudes, ao longo do tempo, para que as opiniões do grupo se façam conhecer e a atuação do representante seja avaliada, no que Young chama de ciclo de antecipação de ações futuras (autorização ou avaliação antecipatória) e retomada de ações pretéritas (prestação de contas)<sup>498</sup>.

Quando se concebe a representação como um vínculo, uma relação, e não uma separação, entre representante e representados, sua qualidade deixa de ser uma questão de existência ou inexistência de determinadas características, mas de grau de excelência desses momentos que se sucedem no tempo. A representação envolve, necessariamente, a separação entre o representante e os ausentes, mas não uma desconexão. Quanto mais a relação entre representante e representados se renova, por intermédio de ciclos de autorização e prestação de contas, melhor ela se torna. Quanto mais ela tende ao rompimento, pior. Isso significa, como aponta Pitkin, que a representação eficaz está em um ponto intermediário, e talvez desconfortável, entre a atuação de acordo com a vontade dos representados, sustentada pelas teorias do mandato, e a ação a partir daquilo que o representante julga ser melhor para o grupo, conforme afirmam as teorias da independência<sup>499</sup>. O bom representante não é uma mera interposta pessoa dos representados, sendo desejável sua atuação de acordo com o que considera melhor para os seus constituintes, mas estes são concebidos como pessoas capazes de ação e julgamento, por isso, a ação do representante deve ser responsiva à vontade dos representados, ou, como diz Young, “o representante está autorizado a agir, mas

---

<sup>497</sup> Idem, p. 149.

<sup>498</sup> Idem, p. 152.

<sup>499</sup> PITKIN, Hanna Fenichel. *The concept of representation*. Berkeley: University of California Press, 1984, p. 155.

suas avaliações estão sempre em questão”<sup>500</sup>. Ele não deve obediência cega aos representados, mas a vontade destes é relevante para a definição da conduta representativa. O conflito é possível, mas não é desejável. Assim, pragmaticamente, o dissenso entre o representante e os representados não pode ser habitual, sob pena de restar comprometida a representação.

O fato de que a avaliação que o representante deve necessariamente realizar, para definir sua própria conduta, está sempre sujeita ao escrutínio dos representados implica a necessidade de que o processo representativo incorpore momentos de autorização, nos quais o representante possa consultar os representados sobre sua conduta, bem como momentos de prestação de contas, em que esta seja avaliada por eles *a posteriori*. Esses momentos constituem instâncias participativas dentro do processo representativo. Os representados estão, portanto, presentes enquanto pressuposição para a conduta do representante, que deve agir de acordo com aquilo que supõe seja sua vontade e interesse e, ao mesmo tempo, presentes efetivamente nos momentos de autorização e avaliação. Nessas ocasiões, o representante deve retomar, com os representados, a discussão de suas ações e dos motivos que as conduziram, fomentando os debates, com a participação dos diferentes segmentos do grupo.

O conflito entre o representante e os representados corre às expensas do primeiro: a ele cabe refletir sobre sua atuação e os motivos que o levam a dissentir do grupo e, se insistir em sua própria opinião, é dele o ônus de justificá-la perante seus constituintes. Um representante que age em desacordo com a vontade ou os interesses, implícitos ou manifestos, do grupo representado, não está necessariamente errado, mas deve ter a consciência de que essa situação é anormal. Por essa razão, dependendo do grau de conflituosidade dos interesses envolvidos, o representante poderá não ter condições de atuar adequadamente em relação a todos eles, simultaneamente<sup>501</sup>. Verificada tal situação, é recomendável a cisão da representação, nomeando-se outros representantes para agir em favor das

---

<sup>500</sup> YOUNG, Iris Marion. Representação política, identidade e minorias. Tradução de Alexandre Morales. In: *Revista Lua Nova*, vol. 67, 2006, p. 154.

<sup>501</sup> Essa situação já é mais clara na política, mesmo para o cidadão comum. Nenhum índio acreditaria que um parlamentar da bancada ruralista é representante adequado, simultaneamente, de seus interesses e dos produtores rurais. Alguns interesses são tão contrapostos que não podem ser adequadamente representados pela mesma pessoa, por mais que ela se esforce para tanto.

posições divergentes. Nesse quadro, os momentos de autorização e avaliação serão também a ocasião propícia para que os representantes debatam entre si acerca das demandas de cada subgrupo.

Pitkin sintetiza vários dos elementos acima elencados, que podem perfeitamente ser transpostos para a conduta do representante processual: representar significa agir no interesse dos representados, de maneira responsiva a eles. O representante tem independência para discernir e julgar a conduta a ser adotada. Ele não é apenas um veículo para a expressão mediada da vontade dos representados. Estes também são capazes de discernimento e julgamento, implicando que a relação carrega em si potencial de conflito, o qual, entretanto, não deve acontecer regularmente. Cabe ao representante atuar para que não haja conflito e, se houver, cabe a ele explicar as razões pelas quais os desejos dos representados não estão de acordo com seus interesses<sup>502</sup>.

A partir dessas considerações, é possível extrair formulações para compor uma teoria geral do processo representativo. Seu primeiro postulado é que o processo representativo é um veículo para a tutela de direitos que têm titularidade definida, identificada, a partir da lesão, com o conjunto de indivíduos que compõem determinada acepção de sociedade, tal como definido no capítulo anterior. Assim, a atividade do representante não é desvinculada dos representados pelos quais atua. Não se trata de uma atividade feita em nome ou com autoridade própria, mas na condição instrumental de depositário das expectativas de terceiros. Esse postulado pode ser denominado princípio da titularidade definida dos direitos representados.

Em segundo lugar, o conteúdo da atividade representativa é a atuação em favor da promoção dos interesses dos representados, definidos como os bens necessários a permitir que suas aspirações se realizem. Ao representante caberá, em certa medida, a percepção de quais são as aspirações do grupo e, a partir delas, alguma liberdade na definição dos métodos para promover os interesses que as viabilizam. Contudo, a formulação dos interesses e objetivos do grupo não parte, em termos lógicos, da opinião do representante, mas da vontade do próprio grupo, que

---

<sup>502</sup> PITKIN, Hanna Fenichel. *The concept of representation*. Berkeley: University of California Press, 1984, p. 209-210.

demanda especial consideração para ser afastada. Pressupõe-se um exercício mental, segundo o qual o representante deve antecipar os momentos de prestação de contas e, caso tenha necessidade de agir contrariamente ao que o grupo deseja, entenda que será capaz de justificar essa atuação, apresentando aos titulares dos direitos razões aceitáveis para tanto<sup>503</sup>. “A responsabilidade do representante não consiste apenas em relatar aos cidadãos como cumpriu o mandato por eles autorizado ou como serviu aos seus interesses, mas também em persuadi-los da adequação de suas avaliações”<sup>504</sup>.

A qualidade da representação não pode ser avaliada abstrata ou universalmente. Ninguém é um representante igualmente adequado de todos os possíveis grupos representados. Tal qualidade depende de cada representante e de cada grupo representado. Ainda que não exista formulação uniforme sobre a adequação da representação, aplicável a todos os casos, importantes indicadores de sua qualidade são a existência e funcionamento dos processos de avaliação antecipatória e retrospectiva, o modo como promovem o debate entre os membros da classe e destes com o representante e as consequências desse evento na conduta do representante. Além disso, a recorrência de conflitos entre o representante e o grupo representado constitui indício de que a relação representativa deve ser posta em questão, oportunizando-se o diálogo intraclasse e de seus membros com o representante, do qual decorram providências concretas, seja para esclarecer o grupo ou melhorar a atuação do representante. É possível que o grupo não esteja devidamente ciente de todas as peculiaridades da situação, as quais condicionam seus interesses, competindo ao representante esclarecê-lo. Também pode ser que a insatisfação se restrinja a apenas parte de seus integrantes, indicando a

---

<sup>503</sup> O problema da justificação não é estranho à doutrina brasileira, que usualmente o aborda em relação à atividade jurisdicional: “A justificação, por sua vez, está associada à necessidade de explicitar as razões pelas quais uma decisão foi tomada dentre outras que seriam possíveis. Na verdade, cuida-se de transformar os diferentes processos lógicos internos do aplicador, que o conduziram a uma determinada conclusão, em linguagem compreensível para a audiência. Há aqui um ponto importante que muitas vezes é negligenciado. Em um Estado republicano, no qual – repita-se – todos são iguais, ninguém tem o direito de exercer poder político por seus méritos pessoais, excepcional capacidade ou sabedoria. Todo aquele que exerce poder político o faz na qualidade de agente delegado da coletividade e deve a ela satisfações por seus atos”. BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Editora Renovar 2005, p. 45-46.

<sup>504</sup> YOUNG, Iris Marion. Representação política, identidade e minorias. Tradução de Alexandre Morales. In: *Revista Lua Nova*, vol. 67, 2006, p. 155.

necessidade de divisão do grupo, com a atribuição de parte de seus interesses a outro representante. Mas é preciso considerar a possibilidade de que haja um conflito irreconciliável entre o representante e os representados, demandando sua substituição. Os momentos de avaliação antecipada e retrospectiva não devem ser reduzidos a eventos meramente proforma. O fato de não se poder definir regras abstratas de qualidade da representação não deve inibir que, concretamente, grupos e representantes estabeleçam, em conjunto, regras claras para reger sua relação ao longo do tempo<sup>505</sup>. A esse postulado se denomina princípio da atuação orbital do representante, para demonstrar que sua atuação pode se afastar da vontade do grupo representado, mas está presa a ele, o que impede que se afaste indefinidamente. Demonstra também que os conflitos entre representante e representados, em um processo coletivo, são admissíveis, mas não são naturais e demandam a adoção de providências tendentes a sua superação.

O terceiro postulado de uma teoria geral da representação exige que o processo representativo contemple momentos participativos, anteriores, simultâneos e posteriores à atuação do representante, nos quais os representados tenham efetiva oportunidade de questionar a atuação do representante, ouvir suas explicações e, em situações extremas, demandar sua substituição ou a divisão do grupo, pluralizando a representação. Nenhum esquema processual representativo que inadmita, de modo geral e absoluto, a participação dos indivíduos representados, nem imponha sobre o representante o questionamento contínuo de sua conduta, sob ameaça de substituição, pode ser compatível com um regime jurídico que demanda a adequada tutela de direitos materiais. Isso porque, ausentes essas condições, não há garantias institucionais de que o representante tem estímulos para agir adequadamente em defesa dos direitos do grupo, arriscando-se o rompimento da relação representativa, o que faria do representante um mero agente de seus próprios interesses ou das posições sociais dominantes, cuja atuação perderia o vínculo com aqueles que ele diz representar. Representação é uma atividade que pressupõe juízo de valores por parte do representante, perdendo qualquer sentido caso se considere que ele tem a prerrogativa de afirmar verdades em nome de

---

<sup>505</sup> Sobre a importância da clareza das regras do processo representativo, ver DAHL, Robert. *A democracia e seus críticos*. Tradução de Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

terceiros, ou, em outro extremo, fazer, em seu nome, escolhas completamente voluntaristas<sup>506</sup>. Por excluir verdades absolutas e voluntarismos injustificados, a representação deve ser construída como relação, que pressupõe diálogo entre os envolvidos para a construção de uma verdade possível<sup>507</sup>.

A relação entre participação e representação, no processo civil, se impõe também por uma razões pragmáticas. Ausentes os momentos de autorização e de prestação de contas, a qualidade da representação somente será apreciável *ex post facto*, o que tem pouca utilidade, em razão dos limites de revisão da decisão impostos pelas regras de coisa julgada. Diferentemente da representação política, no âmbito processual, os representados não têm oportunidade de corrigir os erros do passado elegendo um representante diferente no futuro. Além disso, um representante que não ouve os representados dispõe de menos informação para agir e, portanto, está mais sujeito a orientar de modo equivocado sua atuação. Logo, para além da finalidade legitimadora, a participação é instrumentalmente complementar da atividade representativa.

Nesses termos, o processo representativo importa restrição das possibilidades participativas dos titulares dos direitos litigiosos, mas tal restrição é justificável e pode ser considerada compatível com as garantias constitucionais processuais se, a) decorre da natureza da relação jurídica litigiosa, a qual impede ou dificulta a efetiva tutela dos direitos violados de modo participativo, b) a participação é restrita na proporção necessária para garantir a efetividade da tutela e, c) os representados têm efetivas oportunidades de participação, em momentos de avaliação antecipatória e retrospectiva, estruturados com o objetivo de propiciar o diálogo entre os representados e destes para com o representante. A esse terceiro postulado se denomina princípio da complementaridade entre representação e participação.

O quarto postulado de uma teoria geral dos processos representativos expressa que nem todos os casos demandam o mesmo grau de participação dos representados.

---

<sup>506</sup> PITKIN, Hanna Fenichel. *The concept of representation*. Berkeley: University of California Press, 1984, p. 212.

<sup>507</sup> Sobre o problema do conceito de verdade no processo, ver TARUFFO, Michele. *Simplemente la Verdad: el juez y la construcción de los hechos*. Tradução de Daniela Accatino Scagliotti. Barcelona: Editora Marcial Pons, 2010.



Esse postulado funciona como limite dos anteriores. A obrigação do representante promover a participação dos representados é uma função do grau de envolvimento pessoal destes com a questão em litígio, combinado com o potencial do mesmo para impactar suas realidades. Quanto ao primeiro critério, litígios de baixa complexidade e conflituosidade demandam menos participação, porque as possibilidades de tutela do direito material são menos variadas e os indivíduos são atingidos por suas consequências de modo relativamente uniforme, o que faz com que pouco tenham a contribuir, pessoalmente, para a obtenção de um resultado processual melhor. À medida que a complexidade e/ou a conflituosidade aumentam, é possível visualizar a necessidade de maior participação, para que os indivíduos possam ampliar o espectro de informações disponíveis para a solução adequada do caso. Todavia, esse aumento da participação dos interessados é calibrado pela aplicação do segundo critério, que é o impacto potencial da lide sobre a realidade individual. Assim, um especialista em biologia marinha pode ter muito a contribuir para enriquecer o debate de um processo relacionado a um dano ambiental, mas ele não tem direito de reivindicar essa participação, para além de um juízo de conveniência processual. Um grupo de pescadores, impossibilitado de desempenhar sua atividade profissional em razão do mesmo acidente, pode reivindicar que sua situação seja considerada para fins de tutela, ou que a reparação priorize lesões como a sua, ao invés do meio ambiente natural. Caso o representante discorde dos pescadores, será seu o ônus de justificar a atuação em sentido diverso e, eventualmente, providenciar para que tenham representação distinta. Caso discorde do biólogo, poderá apenas não se valer dos seus serviços, substituindo-o por outro. De forma similar, o valor que o indivíduo tem em jogo na lide coletiva também condiciona seu direito de participação. Quem perdeu centavos em uma lesão individual homogênea têm menos direito de participar de uma demanda representativa do que aqueles que desenvolveram doenças graves em decorrência do uso de um medicamento.

Em termos das categorias de direitos transindividuais definidas nos capítulos anteriores, as demandas relacionadas a direitos de difusão global exigirão, via de regra, menor grau de participação dos representados, porque estes são apenas remotamente atingidos pelo resultado do processo e o grau de conflituosidade da sociedade titular do direito é baixo. Em sentido oposto, nos litígios relativos a direitos de difusão local, o alto impacto da causa sobre a sociedade representada determina

que ela tenha maiores oportunidades de participação processual, em momentos avaliativos que serão retomados ao longo do tempo, restringindo, com maior rigor, a liberdade de atuação do representante. Finalmente, em litígios relativos a direitos de difusão irradiada, as oportunidades participativas e a relevância da intervenção dos indivíduos serão tanto maiores quanto mais significativa for a lesão experimentada, ou, na analogia gráfica, quanto mais próximos estiverem do núcleo do litígio. O representante, nessas situações, tem mais liberdade para contrariar a opinião dos representados que ocupam posições periféricas na titularidade do direito, do que aqueles que ocupam posições centrais.

Em sentido análogo, Laurence Tribe aponta que, independentemente de como se conceitue o devido processo legal, a necessidade de sua proteção – e, assim, de participação – é tanto maior quanto mais clara for a identidade das pessoas afetadas pela decisão e quanto mais determinados forem os seus efeitos sobre cada uma delas<sup>508</sup>. A teoria desenvolvida também é compatível com a formulação de Hanna Pitkin, com base em Edmund Burke, segundo a qual a importância da consulta aos desejos e opiniões dos representados é tanto maior quanto mais for possível identificar pessoas determinadas, com as quais a questão em debate é especialmente relacionada, de maneira que elas podem se afirmar privilegiadas para definir o conteúdo dos interesses a serem perseguidos pelo representante<sup>509</sup>. Ausente essa vinculação, aumenta a margem de liberdade do representante. Esse quarto e último postulado pode ser denominado princípio da variância<sup>510</sup> representativa.

Nesse contexto, uma teoria geral dos processos representativos considera compatível com a Constituição um processo em que a representação não seja um mecanismo de exclusão dos representados, mas proporcione a obtenção de tutela

---

<sup>508</sup> TRIBE, Laurence. *American Constitutional Law*. 2. ed. Mineola: The Foundation Press Inc, 1988, p. 667.

<sup>509</sup> Essa distinção é denominada pela autora de *attached interest*, quando a vinculação descrita existe, ou *unattached interests*, quando não existe. Ver PITKIN, Hanna Fenichel. *The concept of representation*. Berkeley: University of California Press, 1984, p. 210.

<sup>510</sup> Em estatística, a variância é a medida que representa a dispersão estatística de um indicador ou o conjunto de observações de uma população. A aplicação do termo ao postulado exposto é significativa para a descrição do conceito que se pretende enfatizar. Ver, de modo geral, TRIOLA, Mario F. *Introdução à estatística*. 11. ed. Tradução de Vera Regina Lima de Farias. Rio de Janeiro: LTC Editora, 2013.

efetiva dos direitos materiais violados, restringindo a participação apenas na medida necessária para tanto. Cabe ao representante promover momentos de participação no decorrer da atividade representativa, nos quais os representados são chamados a avaliar prospectiva e retrospectivamente as ações do representante em relação ao processo, bem como debater entre si e com ele os resultados e objetivos desejáveis. Nesses momentos, o representante deve buscar apreender os interesses e opiniões dos representados, confrontando-os com suas próprias ações e formulando justificativas, para si e para o público, relativamente às situações em que sua conduta diverge das expectativas de seus constituintes.

Como em toda representação de grupos, pode ser difícil para o representante perceber quais são os interesses dos representados ou, eventualmente, até mesmo suas opiniões<sup>511</sup>. Também pode ser que, mesmo conhecidos, esses interesses não sejam uniformes entre todos os membros do grupo ou entre todos os subgrupos que o compõem<sup>512</sup>, bem como que os conflitos sejam provocados ou potencializados pelo adversário do grupo, como forma de prejudicá-lo<sup>513</sup>. Todo grupo, em razão da multiplicidade de relações que protagoniza, tem em si uma “certa quantidade de discordância interna e controvérsia externa”<sup>514</sup>, sem que isso o faça menos digno de

---

<sup>511</sup> Opiniões são usualmente mais fácil de serem apuradas do que interesses, já que podem ser objeto de pesquisas, por variadas técnicas. Os interesses não têm um critério unívoco de apuração empírica e não é impossível que o próprio indivíduo envolvido na situação esteja equivocado sobre seus interesses, por falta de informação ou apreensão incorreta da realidade. Ainda assim, conforme será discutido posteriormente, mesmo a percepção da opinião de um grupo pode ser virtualmente impossível, dependendo de sua complexidade.

<sup>512</sup> Entelman, analisando os conflitos internos aos grupos, afirma: “cuando se trata de actores colectivos, además de las relaciones de conflicto y cooperación que teóricamente pueden involucrar a los campos enfrentados, existen entre algunos miembros de cada uno de los grupos enfrentados diversos tipos de relaciones aisladas y plenas de alta proporción de compatibilidad de objetivos y aún de cooperación más o menos intensa. Estas relaciones parciales inter-grupos generan a su vez vínculos y sentimientos destinados a influenciar en el grado de participación que esos subgrupos o sus integrantes están dispuestos a tomar en la relación de conflicto entre los grupos más amplios a que ellos pertenecen ENTELMAN. Remo F. *Teoría de conflictos: hacia un nuevo paradigma*. Barcelona: Gedisa, 2005, p. 79-80.

<sup>513</sup> “El conflicto interno dentro del seno de un actor colectivo (...) puede provocar la fragmentación de ese actor. Es posible que ese sector no pueda tomar decisiones por el actor que integra ni cambiar de inmediato los integrantes del o los órganos de gobierno implicados. Pero puede influir en el proceso de toma de decisiones (...) Ello explica por qué, en los conflictos en que participan actores plurales, organizados o no, como Estados o grupos sociales menores, raciales o religiosos, sus adversarios traten de influenciar, con estrategias psicosociales sobre la opinión interna de los miembros de su oponente”. ENTELMAN. Remo F. *Teoría de conflictos: hacia un nuevo paradigma*. Barcelona: Gedisa, 2005, p. 79-80.

<sup>514</sup> SIMMEL, Georg. *Sociologia*. Organização de Evaristo de Moraes Filho. São Paulo: Ática, 1983, p. 126.

representação. É possível que esses conflitos sejam até mesmo necessários para enriquecer a visão do grupo em relação ao problema no qual está envolvido<sup>515</sup>. É natural que tendências contraditórias e cooperativas existam em um grupo, ambas contribuindo para a formação de sua identidade, mesmo que externamente pareçam inconciliáveis. O antagonismo também é um elemento de sociação<sup>516</sup>.

Os momentos participativos auxiliam o representante a procurar uma solução que dê o peso correto a todas as posições contrapostas esposadas pelos indivíduos, estabelecendo o que Pitkin chama de “interesse-objetivo-final” do grupo. Mais uma vez, ao representante caberá a explicação de como chegou a esse compromisso, esclarecendo de que modo os interesses sacrificados são menos importantes do que aqueles que serão perseguidos<sup>517</sup>. Isso evita que a fórmula sirva para ocultar os conflitos existentes, ou para favorecer indevidamente posições de menor relevância. Em última análise, caso a atuação do representante se afaste recorrentemente ou conflite irreconciliavelmente com as opiniões de um grupo substancialmente determinado e fortemente impactado pelo conflito, é dever do representante considerar sua própria inadequação para o papel, total ou parcialmente. Percebe-se, desse modo, que quanto mais complexa e conflituosa for a situação, mais provável será que a boa representação demande uma pluralidade de representantes, aos quais se aplicarão, evidentemente, todos os requisitos elencados.

Assim, a teoria aqui desenvolvida reconstrói a ideia de Owen Fiss, segundo a qual a Constituição não garante um direito de participação, mas um direito de representação adequada dos interesses em juízo<sup>518</sup>. É verdade que a Constituição

---

<sup>515</sup> “O desaparecimento das energias de repulsão (e, isoladamente consideradas, de destruição) não resulta, sempre, em absoluto, numa vida social mais rica e plena (...) mas num fenômeno tão diferente e irrealizável quanto se um grupo fosse privado das forças de cooperação, afeição, ajuda mútua e convergência de interesses. SIMMEL, Georg. *Sociologia*. Organização de Evaristo de Moraes Filho. São Paulo: Ática, 1983, p. 127.

<sup>516</sup> SIMMEL, Georg. *Sociologia*. Organização de Evaristo de Moraes Filho. São Paulo: Ática, 1983, p. 131. O autor exemplifica com a convivência entre a nobreza e o príncipe, nas cortes medievais da Europa central. Ao mesmo tempo em que os fidalgos serviam de conselheiros e viviam como hóspedes do príncipe, também defendiam seus próprios interesses contra ele.

<sup>517</sup> PITKIN, Hanna Fenichel. *The concept of representation*. Berkeley: University of California Press, 1984, p. 218.

<sup>518</sup> Fiss afirma: “what the Constitution guarantees is not a right of participation, but rather what I will call a “right of representation”: not a day in court but the right to have one’s interest adequately represented. The right of representation provides that no individual can be bound by an adjudication unless his or her interest is adequately represented in the proceeding. (...)”

permite que os direitos de participação individuais sejam restringidos, de modo que não há um direito fundamental a um “*full blown day in court*”, que implica o direito de participar plenamente de todas as fases do processo. Mas isso não significa que o legislador tenha prerrogativa discricionária para fazê-lo em quaisquer hipóteses, sem que a restrição seja suficientemente justificada por um ganho em adequação da tutela. Também não significa que, uma vez instituída, a modalidade representativa atribua completa liberdade de ação ao representante. O direito de participação existe mesmo em processos representativos, exigindo que a representação seja vista, por todos os envolvidos, como uma relação em constante reconstrução, com momentos dialógicos e avaliativos.

A principal objeção que se poderia levantar em relação à teoria representativa delineada é a de que ela onera o processo, tanto em termos de tempo, quanto de custo, sem garantir que haverá benefício concreto aos representados, uma vez que o representante pode transformar os momentos representativos em eventos sem significado. Quanto ao ônus, é certo que a representação, tal com proposta, é mais complexa e, possivelmente mais dificultosa que o modo como ela se desenvolve atualmente, pelo menos no Brasil. Entretanto, cabe ressaltar que o alicerce do raciocínio, firmado anteriormente neste capítulo, é que a participação no processo é instrumental, sendo obrigatória apenas na medida em que tem potencial para contribuir para a tutela adequada dos direitos materiais litigiosos. Assim, a aplicação da teoria geral dos processos representativos propõe que alguns processos sejam mais participativos, mas também justifica a restrição mais rigorosa da participação em casos nos quais ela seria exigida apenas em nome de valores extraprocessuais, como a garantia do Estado democrático ou da dignidade dos envolvidos.

Em relação ao protagonismo do representante, do qual depende precipuamente a qualidade dos momentos avaliativos, que podem ser convertidos em eventos sem significado, cabe considerar que essa é uma oposição de ordem pragmática, que

---

The representation that I speak of is not a representation of individuals but a representation of interests. It is not that every person has a right to be represented in structural litigation, but only that every interest must be represented. If an individual's interest has been adequately represented then he or she has no further claim against the decree. The right of representation is a collective, rather than an individual right, because it belongs to a group of persons classed together by virtue of their shared interests”. FISS, Owen. The allure of individualism. In: *Iowa Law Review*, vol. 78, 1993, p. 965-979. Citação p. 970-972.

não depende da coerência da teoria, mas do modo de implementação do esquema representativo. Da mesma forma que um representante pode meramente registrar as opiniões de seus representados e não tomar atitudes concretas quanto a elas, um mau juiz pode transformar qualquer audiência em um evento insignificante, debilitando o direito das partes de participar do processo, mesmo de caráter individual. Construir oportunidades participativas significativas e criar instituições que as assegurem, no processo civil ou fora dele, é um desafio que perpassa praticamente todas as arenas do Estado contemporâneo<sup>519</sup>.

Em resumo, tanto interesses, quanto opiniões e perspectivas dos membros do grupo são relevantes para o processo coletivo. De forma geral, o representante age em favor dos interesses dos representados, entendidos estes como vantagens para os membros do grupo, que potencializam a realização de suas metas individuais e coletivas. Isso atribui ao representante um certo grau de liberdade em relação às opiniões do grupo, mas essa liberdade é orbital: a atuação do representante orbita em torno da vontade do grupo, podendo se afastar dela mais ou menos, em favor de seus interesses, de acordo com as peculiaridades do conflito. Contudo, constitui ônus do representante a justificação, perante o grupo, desse afastamento, o qual, se reiterado, poderá comprometer a atividade representativa. Quando o grupo compartilhar de uma perspectiva social, é dever do representante, caso não se insira nela, atuar para compreendê-la, de modo que suas atividades a reflitam, na medida do possível. A representação de perspectivas é especialmente relevante quando as opiniões e interesses do grupo são variados, mas a variação não é suficientemente conflituosa para indicar que o grupo arque com os custos da pluralização da representação<sup>520</sup>. Como são mais fluidas e abertas que a ideia de interesse, as perspectivas, mesmo de difícil apreensão quando não vivenciadas, podem auxiliar o representante no estabelecimento de uma orientação de conduta, embora não sejam suficientes para apontar conclusões específicas.

---

<sup>519</sup> Basta pensar no mais básico desses desafios, que é a garantia de que o exercício do direito de voto seja significativo. Para um debate clássico sobre esse problema, ver BERELSON, Bernard; LAZARFELD, Paul F.; MCPHEE, William N. *Voting: Study of Opinion Formation in a Presidential Campaign*. Chicago: The University of Chicago Press, 1954.

<sup>520</sup> Há inúmeras razões concretas pelas quais a indicação de mais de um representante podem ser contraindicadas, as quais serão debatidas no capítulo subsequente.

O representante deve dar especial atenção às opiniões de grupos minoritários e oprimidos, que costumam ser insulares nas discussões públicas, evitando que os interesses da maioria, que já tendem a predominar na sociedade, sejam protegidos em detrimento da minoria, no universo do processo coletivo<sup>521</sup>. O representante processual não deve privilegiar a homogeneização do grupo, nem a expressão apenas das perspectivas que são nele predominantes, sob pena de privar as minorias de um dos poucos foros públicos em que sua proteção independe do aspecto quantitativo. O valor dos interesses diversos não pode ser aferido apenas numericamente, mas pela contextualização das razões pelas quais se dá a divisão entre maioria e minoria<sup>522</sup>. Se a minoria processual decorre de uma minoria social, cujos direitos têm reduzido acesso às vias do processo político, a representação de seus interesses deve receber especial atenção. Não que mereçam necessariamente prevalecer, mas o representante deve estar atento para não contribuir com a perpetuação de sua indevida opressão<sup>523</sup>.

Com isso, a teoria aqui exposta satisfaz os requisitos iniciais estabelecidos. Ela define a identidade dos representados no processo coletivo, pelo recurso à Sociologia. Em segundo lugar, com base na Ciência Política, explicita o conteúdo da atividade representativa, que é a busca dos interesses necessários à realização dos ideais, valores e princípios do grupo representado, cuja identificação passa pela devida consideração de suas opiniões e pela tentativa de apreensão de suas perspectivas sociais. Após, esclarece que a atividade do representante se vincula aos representados a partir de um princípio orbital, que permite algum afastamento do primeiro em relação aos segundos, mas não o seu total descolamento. Por fim, compatibiliza a representação com a participação processual, ao advogar a ausência

<sup>521</sup> YOUNG, Iris Marion. Representação política, identidade e minorias. Tradução de Alexandre Morales. In: *Revista Lua Nova*, vol. 67, 2006, p. 177.

<sup>522</sup> ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, 1981.

<sup>523</sup> Young exemplifica: “Numa sociedade em que a população branca seja privilegiada, por exemplo, a perspectiva social das pessoas brancas, com frequência, terá um predomínio incorreto nas diversas discussões públicas, e deverá então ser relativizada e matizada pelas perspectivas sociais das pessoas posicionadas diferentemente nas estruturas sociais racializadas. Mas a perspectiva da população branca não é em si incorreta ou ilegítima. Já as opiniões decorrentes do princípio da supremacia racial branca, que demandariam a segregação forçada de todas as pessoas de cor, essas sim são ilegítimas, pois afirmam a recusa a reconhecer certos membros da sociedade igualmente como participantes dessa sociedade”. YOUNG, Iris Marion. Representação política, identidade e minorias. Tradução de Alexandre Morales. In: *Revista Lua Nova*, vol. 67, 2006, p. 177-178.

de insuperável oposição entre tais conceitos, sendo possível que um processo representativo seja construído com a interposição de momentos participativos, nos quais os próprios representados possam atuar. Tais momentos, na linha da garantia constitucional da participação processual de caráter instrumental, serão mais numerosos e mais exigentes quando forem mais significativos, ou seja, quanto maior for a complexidade do litígio, a conflituosidade do grupo por ele atingido, e o grau de afetação pessoal de cada interessado. Em conclusão, um processo representativo exige que o representante estruture sua atuação como uma relação que se protraia no tempo, com o objetivo de servir aos interesses dos representados, à luz dos princípios ou postulados de conduta supra explicitados: princípio da titularidade definida dos direitos representados, da atuação orbital do representante, da complementaridade entre representação e participação e da variância representativa.

A formulação apresentada no presente capítulo é eminentemente teórica e seria certamente incompleta, se não fosse confrontada com a realidade dos litígios coletivos. É essa a proposta do próximo capítulo, que avaliará o modelo representativo das *class actions* nos Estados Unidos, confrontando-o com o modelo brasileiro, para verificar em que medida cada um deles é compatível com o aporte teórico desenvolvido.



## CAPÍTULO 4

### MODELOS PROCESSUAIS REPRESENTATIVOS EM PERSPECTIVA COMPARADA

#### 4.1 Introdução

Os três capítulos anteriores, ainda que pontuados com exemplos empíricos, se centraram na formulação de perspectivas teóricas sobre a representação e a participação no processo coletivo. Verificou-se que o problema da existência de uma modalidade processual sem participação dos titulares dos direitos litigiosos desafia a reconstrução do próprio conceito de participação processual. Empreendida essa tarefa, ficou demonstrado que o direito de se participar do processo, albergado pela Constituição de 1988, sob as garantias do devido processo legal e do contraditório, deve ser visto em perspectiva exclusivamente instrumental, vinculada à realização da finalidade do processo, que é a tutela jurisdicional do direito material violado. Não há embasamento que sustente a atribuição, a essas garantias, de funções dissociadas da referida finalidade, tais como a democratização do Estado ou a proteção da dignidade dos envolvidos, ainda que essas funções possam ser acidentalmente cumpridas no curso do procedimento.

Essa conclusão permitiu sustentar que a redução da participação processual não viola a Constituição, desde que seja feita de modo a potencializar a realização da finalidade do processo, que é a adequada tutela de todos os direitos materiais a ele subjacentes. Contudo, justificar a existência processos que se desenvolvem sem participação não significa justificar a existência de modelos representativos específicos. Significa apenas que a adoção de tais modelos, pelo legislador, não é banida, *ex ante*, pela Constituição. Por essa razão, foi empreendida a análise das teorias da representação, a partir de um marco teórico vinculado à Ciência Política. A conclusão foi a de que não existem condições teóricas que permitam a adoção de um modelo processual puramente representativo, porque os motivos que demandam a existência desse instrumento – notadamente o desinteresse dos titulares dos

direitos violados – impedem que ele atinja o mínimo de estruturação institucional, requerida pelas teorias da representação, para assegurar a fidelidade da atuação do representante em relação aos representados. Por essa razão, concluiu-se o Capítulo 3 com a afirmação de que a representação processual não pode prescindir de algum nível de participação, sob pena de atribuir a denominação de representante a um ator processual que não guarda qualquer vinculação com os titulares dos direitos que seriam por ele representados, colocando em risco não apenas tais representados, mas os próprios valores processuais que se pretendeu promover com a estruturação do modelo.

Lançadas tais formulações teóricas, a proposta do presente capítulo é verificar como elas se aplicam ou se afastam dos modelos processuais representativos efetivamente existentes na contemporaneidade. Para tanto, a análise será iniciada pela experiência atual de aplicação da *Rule 23*, nos Estados Unidos, especificamente em relação aos elementos do modelo representativo a partir dela estruturado. Serão enfocados normas e julgados cujo objetivo é garantir que a representação desempenhada pelo autor processual seja fiel aos interesses dos representados. Em seguida, esse arcabouço será comparado com o tratamento da questão no modelo representativo brasileiro.

A preferência pela ênfase no modelo norte-americano decorre de diversos fatores. Em primeiro lugar, sendo o país pioneiro na adoção de ações coletivas, os demais sistemas jurídicos nele buscaram inspiração para o desenvolvimento de suas próprias modalidades de processos representativos, seja para imitá-lo ou para evitar seus defeitos e distorções. Segundo, esse pioneirismo fez com que tanto os estudos, quanto a prática das ações coletivas se desenvolvessem naquele país como em nenhum outro. Não há lugar em que ações desse tipo despertem, há tanto tempo, tamanha controvérsia judicial e produção acadêmica. Terceiro, a dimensão territorial e populacional dos Estados Unidos o fazem, ainda que com algumas reservas, um parâmetro compatível para comparação com o Brasil. Os países europeus, de forma geral, têm população menos numerosa, mais homogênea e distribuída em um território substancialmente menor que o brasileiro e o estadunidense, o que faz com que os problemas representativos, inclusive no âmbito

processual, tenham dimensões mais reduzidas. Essas razões sustentam a pertinência da opção metodológica adotada.

#### 4.2 Visão geral da *Rule 23* e de sua aplicação contemporânea

Em 1966, as *Federal Rules of Civil Procedure* sofreram uma drástica alteração, no que tange às *class actions*, adquirindo a maior parte do perfil que atualmente exibem. Apesar de extensa em termos de redação, há controvérsias, mesmo entre os participantes do comitê encarregado, acerca da existência de um propósito efetivamente revolucionário da reforma. Enquanto alguns afirmam que a comissão estava consciente da necessidade de se dar resposta às demandas de dessegregação racial, nas quais o Judiciário vinha atuando desde meados dos anos 50, bem como às mobilizações populares que se repetiram ao longo dos anos 60, outros defendem que o objetivo central era resolver os problemas técnicos já detectados na norma até então vigente, principalmente em relação à classificação tripartite, que tentava fazer distinções entre *true*, *spurious* ou *hybrid class actions*<sup>1</sup>. De qualquer forma, não se deve pressupor que a longa história das ações coletivas as tivessem transformado, naquele momento, em algo usual ou corriqueiro para a jurisprudência norte-americana. Como afirma Samuel Issacharoff<sup>2</sup>:

As *class actions* ocupam um lugar incerto no Direito anglo-americano. Em nenhum outro lugar nós encontramos um afastamento tão claro da premissa de que ninguém deve ser vinculado pessoalmente a um julgamento na ausência da segurança pessoal oferecida pela notificação e total oportunidade de participação no litígio subjacente.

Inicialmente, os redatores da regra de 1966 separaram, nas *Rules 23.1* e *23.2*, aqueles que eram os casos mais recorrentes do histórico das *class actions* até então: demandas atinentes a empresas e seus acionistas<sup>3</sup> e demandas relacionadas

<sup>1</sup> HENSLER, Deborah et al. *Class Action Dilemmas: Pursuing Public Goals for Private Gain*. Santa Monica: RAND, 2000, p. 11

<sup>2</sup> ISSACHAROFF, Samuel. Class action conflicts. In: *U. C. Davis Law Review*, vol. 30, 1997, p. 805-833. Citação p. 805.

<sup>3</sup> Rule 23.1: "This rule applies when one or more shareholders or members of a corporation or an unincorporated association bring a derivative action to enforce a right that the corporation or association may properly assert but has failed to enforce".

a sociedades sem personalidade jurídica<sup>4</sup>. Ainda conforme Yeazell, essa ruptura é significativa, demonstrando que a visão de ações coletivas, pretendida em 1966, era desvinculada de uma organização social ou relacionamento prévio entre os membros da classe<sup>5</sup>, que caracterizaram essas ações no século XIX e início do século XX.

A nova *Rule 23* estabelece quatro requisitos gerais para todas as *class actions*: (a)(1) o número de indivíduos deve ser grande o suficiente para tornar impraticável que figurem em litisconsórcio em um processo, (a)(2) deve haver predominância de questões comuns de fato ou de direito, (a)(3) os pedidos ou defesas dos representantes devem ser típicos para toda a classe e (a)(4) deve haver representação adequada. Além disso, as ações de classe devem se subsumir a uma de três categorias alternativas, que impõem requisitos específicos. A primeira (b)(1) tem como foco (b)(1)(A) evitar que a parte contrária tenha que adotar condutas contraditórias em relação aos diversos membros da classe ou (b)(1)(B) impedir que o cumprimento da decisão favorável a um indivíduo coloque em risco os direitos dos demais. Segundo Yeazell, a previsão (b)(1) é a menos utilizada na prática e, por isso, a que menos atenção mereceu dos estudiosos<sup>6</sup>. Embora já se tenha sugerido que ela pudesse ser utilizada eficazmente na condução de litígios relacionados a acidentes de massa, como queda de edifícios ou acidentes aéreos, não há notícia de que isso tenha ocorrido<sup>7</sup>.

A segunda hipótese (b)(2) não se aplica a condenações pecuniárias. Ela tem como pressuposto a busca de um provimento mandamental que determine que a parte contrária ajuste sua conduta em relação a uma classe ou alguns de seus membros. Essa é a previsão criada para dar conta dos casos envolvendo problemas de desigualdade em geral, como o racismo e a desigualdade de gênero, assim como do

---

<sup>4</sup> Rule 23.2: "This rule applies to an action brought by or against the members of an unincorporated association as a class by naming certain members as representative parties".

<sup>5</sup> YEAZELL, Stephen C. *From medieval group litigation to the modern class action*. New Haven: Yale University Press, 1987, p. 245.

<sup>6</sup> YEAZELL, Stephen C. *From medieval group litigation to the modern class action*. New Haven: Yale University Press, 1987, p. 246. No mesmo sentido, Issacharoff menciona pesquisa segundo a qual, entre 1986 e 1990, apenas seis ações foram certificadas sob a disposição de 23(b)(1)(B). ISSACHAROFF, Samuel. Class action conflicts. In: *U. C. Davis Law Review*, vol. 30, 1997, p. 820.

<sup>7</sup> Note. Class Certification in mass accident cases under rule 23(b)(1). In: *Harvard Law Review*, vol. 96, 1983, p. 1143-1161.

processo de dessegregação escolar. Em um primeiro momento, essa disposição foi a responsável pelo maior número de ações ajuizadas<sup>8</sup> e, ao longo da história, embora tenha havido avanços e retrocessos, as ações do tipo (b)(2) foram utilizadas para dar curso a reformas jurídicas de grande impacto social, tais como o combate à discriminação no ambiente de trabalho e a desinstitutionalização psiquiátrica, além da dessegregação racial.

Jay Tidmarsh agrupa essas três hipóteses, (b)(1)(A) e (B) e (b)(2), sob a ideia de que, nelas, a concessão de autonomia ao indivíduo para litigar poderia ameaçar os direitos de outras pessoas que se encontram em situação análoga à sua, os direitos do réu, que seria obrigado a arcar com o custo de múltiplos processos e a adotar parâmetros conflitantes de conduta, ou mesmo da sociedade como um todo, por permitir, em nome de um valor genérico de autonomia individual, um método ineficiente de contenção de atos ilícitos<sup>9</sup>. Nesses termos, haveria razões mais imperativas para justificar a coletivização da demanda em tais situações.

Por fim, a terceira hipótese (b)(3) é a residual, aplicável a todas as situações não abarcadas anteriormente, inclusive a pretensões de condenação pecuniária<sup>10</sup>. Ela demanda a satisfação de dois requisitos adicionais, além dos gerais, que são a predominância das questões comuns a toda a classe sobre as questões individuais de seus membros e a superioridade da ação coletiva em relação aos outros métodos disponíveis de resolver com justiça a controvérsia. Esses requisitos são verificados por intermédio de quatro indicadores, exemplificativamente relacionados pela norma: (b)(3)(A) o interesse dos membros em ter controle individual de seus processos, (b)(3)(B) a extensão e natureza de outras ações concernentes aos mesmos fatos, já eventualmente ajuizadas pela ou contra a classe; (b)(3)(C) o interesse na decisão da

---

<sup>8</sup> MILLER, Arthur. Of Frankenstein monsters and shining knights: myth, reality, and the "class action problem". In: *Harvard Law Review*, vol. 92, 1979, p. 664-694. Escrevendo em um momento no qual os efeitos da reforma de 1966 já se faziam sentir, o autor contesta as afirmações de que a nova regra foi responsável pelo aumento da litigância e do asoberbamento dos juízos federais, apontando uma série de outros fatores que explicam o grande crescimento do número de processos naquele período.

<sup>9</sup> TIDMARSH, Jay. Rethinking adequacy of representation. In: *Texas Law Review*, vol. 87, 2009, p. 1137-1203.

<sup>10</sup> É possível obter tutelas não pecuniárias em ações do tipo (b)(3), em conjunto com as prestações pecuniárias, porque essa modalidade é a que tem requisitos mais rigorosos. O problema é quando a parte pretende o contrário, obter prestação pecuniária em classes do tipo (b)(2), como ocorreu em *Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes*, et al., 564 U.S. 277 (2011), sendo o principal motivo para que a Suprema Corte recusasse a certificação.

controvérsia por um único juízo e (b)(3)(D) as dificuldades de se manejar a ação coletiva.

A hipótese (b)(3) é a que satisfará, por exemplo, as demandas consumeristas e ambientais. É sobre ela que Geoffrey Hazard afirmou que as *class actions* propiciariam jurisdição em massa para uma sociedade de produção em massa<sup>11</sup>. Também esse é o modelo que dá lugar ao que costuma ser referido como *private attorney general*, o particular que, ao atuar por interesse próprio, auxilia e complementa a atuação do Estado, no exercício de seu papel de regulação do mercado<sup>12</sup>. Em um país onde há grande resistência ao aumento da burocracia, a concessão de estímulos econômicos a particulares para buscar, ao mesmo tempo, interesses públicos e ganhos privados, sempre encontrou simpatia, ainda que haja dúvidas sobre os efeitos colaterais do modelo<sup>13</sup>. Apenas nessa hipótese existe a obrigatoriedade de que os membros da classe sejam notificados de sua certificação, para que possam exercer seu direito de optar por não se vincularem ao litígio (*opt out*). Nas modalidades (b)(1) e (b)(2), toda a classe é vinculada ao resultado do processo, independentemente de notificação e sem possibilidade de *opt out*, embora alterações mais recentes da *Rule 23(e)*, no que se refere à homologação judicial de acordos, acabaram atenuando o rigor dessa previsão originária, como será abordado na sequência.

---

<sup>11</sup> HAZARD, Geoffrey B. The Effect of the Class Action Device Upon the Substantive Law. In: *F.R.D.*, n. 58, 1973, p. 307 e ss.

<sup>12</sup> KALVEN JR., Harry; ROSENFELD, Maurice. The contemporary functions of class suit. In: *The University of Chicago Law Review*, vol. 8, 1940, p. 684-721. Na p. 715 os autores afirmam: "It remains by way of conclusion to make the comparison already suggested between the class suit by private litigants and action by an administrative commission as competing methods of affording group redress". Essa é também uma das teses centrais em HENSLER, Deborah et al. *Class Action Dilemmas: Pursuing Public Goals for Private Gain*. Santa Monica: RAND, 2000.

<sup>13</sup> Coffee Jr. observava, na década de 1980, uma tendência a que os particulares simplesmente se aproveitassem das investigações realizadas pelos órgãos públicos, como a Federal Trade Commission ou a Securities Exchange Commission, para ajuizar ações e, assim, obter ganhos a partir de trabalhos já feitos pelas entidades governamentais. Assim, o private attorney general deixa de atuar na garantia de efetivação da lei para ser apenas um reforço da punição. Isso o estimula a querer ganhos rápidos e a negociar acordos piores para a classe. COFFEE JR, John C. Rescuing the Private Attorney General: Why the Model of the Lawyer as Bounty Hunter Is Not Working. In: *Maryland Law Review*, vol. 42, n. 2, 1983, p. 215-288. Elementos empíricos dessa constatação foram encontrados por DUVAL, Benjamin S. Jr. The Class Action as an Antitrust Enforcement Device: The Chicago Experience(I). In: *American Bar Foundation Research Journal*, Vol. 1976, n. 3, 1976), p. 1021-1106 e DUVAL, Benjamin S. Jr. The Class Action as an Antitrust Enforcement Device: The Chicago Experience(II). In: *American Bar Foundation Research Journal*, Vol. 1976, n. 4, 1976), p. 1273-1358. O autor deu continuidade ao estudo, com dados novos, que apontavam tendência similar, em DUVAL, Benjamin S. Jr. The Class Action as an Antitrust Enforcement Device: The Chicago Study Revisited. In: *American Bar Foundation Research Journal*, Vol. 1979, n. 2, 1979, p. 449-464.

A relação do direito norte-americano com as ações coletivas, a partir da nova redação da *Rule 23*, é conflituosa. Como destaca Arthur Miller<sup>14</sup>, ao longo dos anos 60 e início dos anos 70, as opiniões já se polarizaram entre os que consideravam essas ações como um decisivo aporte positivo no sistema jurídico e os que as imputavam a pecha de chantagem legalizada, responsáveis pelo assoberbamento do Poder Judiciário<sup>15</sup>. Essa divergência faz com que, à medida que as forças políticas se alternam no poder, as ações coletivas avancem ou retrocedam. Por exemplo, dadas as peculiaridades federativas dos Estados Unidos, quando as relações jurídicas envolvem pessoas em estados diferentes, é possível que o processo tramite em jurisdição federal, desde que sejam atendidos alguns requisitos, dentre os quais o valor da causa, que deve ser superior a um determinado montante. Em 1969, a Suprema Corte interpretou que, para efeitos de ações coletivas, esse valor deveria ser verificado em relação a cada membro da classe e não no total<sup>16</sup>. Embora esse tenha sido interpretado como um movimento no sentido de dificultar as ações coletivas, restringindo a jurisdição federal<sup>17</sup>, com o tempo, os réus perceberam que a jurisdição estadual se tornou menos desejável que a federal e, em 2005, foi aprovado o *Class Action Fairness Act* (CAFA), que devolveu à Justiça Federal praticamente todas as *class actions* com valor global superior a US\$ 5 milhões<sup>18</sup>, independentemente do valor reclamado por cada indivíduo.

<sup>14</sup> MILLER, Arthur. Of Frankenstein monsters and shining knights: myth, reality, and the "class action problem". In: *Harvard Law Review*, vol. 92, 1979, p. 664-694.

<sup>15</sup> O termo foi usado, na década de 1970, por LANDERS, Jonathan M. Of legalized blackmail and legalized theft: consumer class actions and the substance-procedure dilemma. In: *South California Law Review*, vol. 47, 1974, p. 842-901. A pesquisa empírica de Hensler e Moller refutou completamente essa hipótese, demonstrando que as ações coletivas são em número reduzido, não havendo qualquer tipo de explosão de litígios em razão da alteração da *Rule 23*, em 1966. Também concluiu que o custo a elas associado não é superior ao que seria se cada lesado individual tivesse ajuizado uma ação. HENSLER, Deborah et al. *Class Action Dilemmas: Pursuing Public Goals for Private Gain*. Santa Monica: RAND, 2000, p. 18.

<sup>16</sup> *Snyder v. Harris*, 394 U.S. 332 (1969). O valor à época era de US\$ 10 mil.

<sup>17</sup> HENSLER, Deborah et al. *Class Action Dilemmas: Pursuing Public Goals for Private Gain*. Santa Monica: RAND, 2000, p. 16.

<sup>18</sup> US Code, Title 28, Part IV, Chapter 85, § 1332: (d) (2) The district courts shall have original jurisdiction of any civil action in which the matter in controversy exceeds the sum or value of \$5,000,000, exclusive of interest and costs, and is a class action in which—

(A) any member of a class of plaintiffs is a citizen of a State different from any defendant;  
 (B) any member of a class of plaintiffs is a foreign state or a citizen or subject of a foreign state and any defendant is a citizen of a State; or  
 (C) any member of a class of plaintiffs is a citizen of a State and any defendant is a foreign state or a citizen or subject of a foreign state.

Apesar dessas mudanças circunstanciais, o modelo representativo das *class actions*, desde 1966, permanece relativamente inalterado: o representante é um membro da classe lesada e persegue determinado objetivo em seu nome e em nome dos demais. O juiz exerce papel ativo na condução do processo, distinto do papel que usualmente lhe é atribuído no sistema adversarial. Os objetivos das *class actions* variarão de acordo com a modalidade de ação intentada, mas, de modo geral, são retratados pelos estudiosos como relacionados ao acesso à justiça e à economia judiciária. Primeiramente, elas permitem que causas que não chegariam ao Judiciário, seja por seu baixo impacto individual ou pela difusão dos interesses, sejam judicializáveis. Em estudo empírico, o *Federal Judicial Center* constatou, pela análise de ações coletivas em um período de dois anos, que a média de valor recuperado por cada membro da classe ficou entre US\$ 315 e US\$ 528. A recuperação máxima variou entre US\$ 1.505 e US\$ 5.331. A conclusão do estudo foi a de que “sem um processo agregado, como uma ação coletiva, parece improvável que o benefício médio ou mesmo o benefício máximo de cada membro da classe justificasse ações individuais na maioria, senão em todos os casos pesquisados”<sup>19</sup>. No mesmo sentido, outra pesquisa observou que mesmo danos globalmente graves ficariam sem reparação, na ausência do processo coletivo, porque os valores das lesões individuais são baixos. Estudando 621 casos entre 1994 e 2001, Willing e Wheatman verificaram que a média dos valores dos acordos celebrados era de US\$ 800 mil, sendo que, em 25% dos casos, os acordos foram superiores a US\$ 5,2 milhões. Apesar desses números demonstrarem que as lesões praticadas pelos réus não são insignificantes, quando consideradas globalmente, a média do valor recebido por membro da classe foi de US\$ 517 nas ações que transcorreram em juízos federais e US\$ 350 nas de competência estadual<sup>20</sup>.

De outro lado, as ações coletivas constituem um dos mecanismos que permitem que o Poder Judiciário administre sua demanda de prestação de serviço, lidando de modo mais eficiente com queixas que são idênticas ou muito similares. É certo que

---

<sup>19</sup> WILLING, Thomas E.; HOOPER, Laural L.; NIEMIC, Robert J. *Empirical Study of Class Actions in Four Federal District Courts: Final Report to the Advisory Committee on Civil Rules*. Washington, D.C.: Federal Judicial Center, 1996.

<sup>20</sup> WILLING, Thomas E.; WHEATMAN, Shannon R. Attorney Choice of Forum in Class Action Litigation: What Difference Does It Make. In: *Notre Dame Law Review*, vol. 81, n. 2, 2006, p. 591-654.



existe, entre esses dois intentos, certa tensão<sup>21</sup>, já que o primeiro objetiva trazer à Justiça mais processos e o segundo, permitir que ela se desincumba deles. É possível aliviar essa tensão ao se observar, com Sérgio Cruz Arenhart, que o serviço jurisdicional, como qualquer serviço público, está sujeito à reserva do possível e, com isso, seu assoberbamento também é um obstáculo ao acesso eficiente<sup>22</sup>. A ampliação do acesso à justiça não pode ser defendida sob o pressuposto irrealista de que o caro serviço jurisdicional seja expandido indefinidamente. Há necessidade de, ao mesmo tempo em que o acesso se amplia, criar mecanismos de gerenciamento eficiente da demanda.

Ainda em relação aos objetivos do processo coletivo, por volta do ano de 2009, o *American Law Institute* reuniu, sob a liderança de Samuel Issacharoff, diversas autoridades em ações coletivas para produzir o *ALI Principles on the Law of Aggregate Litigation*. A ideia, assemelhada a um código-modelo, é produzir um trabalho acadêmico conceitual que esclareça aspectos salientes de processos em que há agregação de pretensões, dentre eles, as *class actions*. Segundo a obra, os objetivos da agregação seriam a efetivação tanto de direitos substantivos, quanto de responsabilidades, a promoção de eficiência no uso dos recursos disponíveis para a resolução de litígios e a facilitação da solução vinculante de conflitos civis, mediante promoção de acordos ou julgamentos justos<sup>23</sup>. Hensler et al.<sup>24</sup> esclarecem esse raciocínio destacando a possibilidade de que danos de valor muito pequeno, dos quais os lesados talvez sequer estivessem cientes, cheguem ao Judiciário e recebam tratamento adequado, o que desestimula a manutenção e reiteração do comportamento ilícito (*deterrence*)<sup>25</sup>. Além disso, mesmo que as queixas agregadas

<sup>21</sup> YEAZELL, Stephen C. *From medieval group litigation to the modern class action*. New Haven: Yale University Press, 1987, p. 218.

<sup>22</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 35-36.

<sup>23</sup> THE AMERICAN LAW INSTITUTE. *Principles of the Law of Aggregate Litigation*. St. Paul: American Law Institute Publishers, 2010, § 1.03, General Principles for Aggregate Proceedings.

<sup>24</sup> HENSLER, Deborah et al. *Class Action Dilemmas: Pursuing Public Goals for Private Gain*. Santa Monica: RAND, 2000, p. 16.

<sup>25</sup> Nesse sentido o clássico pensamento de Charles Wright: "Potentially class actions could serve an important function in our judicial system. By establishing a technique whereby the claims of many individuals can be resolved at the same time, the class suit both eliminates the possibility of repetitious litigation and provides small claimants with a method of obtaining redress for claims which would otherwise be too small to warrant individual litigation. Thus effective use of the class action device could serve the interests both of judicial administration and of justice. Whether it will work out this way

fossem substanciais o bastante para serem litigadas individualmente, permitir que um processo resolva o destino de centenas ou até milhares de pessoas atribui a elas poderes que não teriam se estivessem isoladas, oportunizando-lhes melhores condições para a condução da demanda. Conforme demonstra Craig Jones, independentemente do valor das lesões individuais, o causador de um dano de massa desfruta de economias de escala decorrentes do fato de que o investimento que realiza para litigar uma demanda – por exemplo, na contratação de escritórios de advocacia, peritos, pareceres jurídicos etc. – é aproveitado para as demais, vantagem da qual os autores não podem se valer<sup>26</sup>. Assim, impedir ou dificultar a agregação processual das lesões não é uma decisão neutra, mas favorável ao seu causador.

Boa parte da conscientização acerca desses objetivos das ações coletivas surgiu a partir do desenvolvimento teórico posterior a 1966. Naquela época, a preocupação principal dos redatores da revisão era criar ferramentas para viabilizar as demandas relativas a direitos civis, cujo veículo principal seria a previsão contida na *Rule 23* (b)(2). Entretanto, com o passar dos anos, os litígios tipicamente vinculados à sociedade de massa – lesões a grande número de consumidores, demandas relacionadas ao meio ambiente e à captação de poupança privada pelas empresas de capital aberto – fizeram com que a *Rule 23* (b)(3) atingisse patamar de importância equivalente ou superior aos processos ajuizados sob a previsão originariamente mais relevante, moldando, assim, os objetivos esperados com a agregação. Richard Nagareda menciona que o crescimento das ações judiciais relativas a lesões de massa ocorreu ao longo da segunda metade do século XX, não apenas em razão da nova redação da norma processual, nem do crescimento na escala de produção em massa, mas também das mudanças nos parâmetros legais destinadas a facilitar a responsabilização de produtores<sup>27</sup> e de um fator político, em

---

remains a matter on which judgment must be reserved". WRIGHT, Charles A. *Class Actions*. In: *Federal Rules Decisions*, vol. 47, 1970, § 169-185. Citação § 170.

<sup>26</sup> JONES, Craig. *Theory of class actions*. Toronto: Irwin Law, 2003, p. 21 e ss.

<sup>27</sup> No Brasil, essa tendência é facilmente verificável a partir das normas de direito do consumidor e ambientais que instituíram a responsabilidade objetiva do produtor ou empreendedor pelos danos causados, o que facilita enormemente o desenvolvimento de uma ação.

razão da impossibilidade/desinteresse do governo atuar eficazmente como regulador de todas as áreas da economia<sup>28</sup>.

Para a correta compreensão do fenômeno da coletivização nos Estados Unidos, também é importante ter em mente que a quase totalidade das demandas civis e criminais termina em acordo naquele país<sup>29</sup> e as *class actions* não constituem exceção. Por essa razão, o momento decisivo para o processo, que o estudioso brasileiro tenderia a associar à decisão final é, ao contrário, uma decisão interlocutória, que é a certificação da classe, na qual o juiz autoriza ou não o processamento da ação na modalidade coletiva. Caso essa decisão seja favorável à classe, é quase certo que o réu estará disposto a fazer um acordo<sup>30</sup>. Nos últimos anos, a partir de uma decisão recorrentemente citada, da lavra do juiz Richard Posner<sup>31</sup>, os juízes têm sido mais resistentes para certificar grandes *class actions*,

<sup>28</sup> NAGAREDA, Richard A. *Mass torts in a world of settlement*. Chicago: The University of Chicago Press, 2007, cap. 1 (foi consultada a versão eletrônica da obra, o que inviabiliza a indicação exata de número de páginas). Nos Estados Unidos, a ideologia liberal é uma forte influência para o desejo de não aumentar as estruturas estatais tanto quanto seria necessário para realizar a regulação.

<sup>29</sup> Escrevendo em 1994, Yeazell afirma que, nos últimos 50 anos, a proporção de casos julgados nos Estados Unidos, em relação aos litígios civis ajuizados, diminuiu em 4/5 do total. YEAZELL, Stephen. The misunderstood consequences of modern civil process. In: *Wisconsin Law Review*, 1994, p. 631-678. Atualmente, a referência mais aceita é a de que apenas algo em torno de 2% de todos os litígios civis ajuizados nos Estados Unidos são julgados. Ver BAKAI, John; KENT, Elizabeth; MARTIN, Pamela. A profile of settlement. In: *Court Law Review*, vol. 42, n. 3-4, 2006, p. 34-39.

<sup>30</sup> Nesse sentido, NAGAREDA, Richard A. Class certification in the age of aggregate proof. In: *New York University Law Review*, vol. 84, 2009, p. 97-173. Na p. 99, o autor afirma: "For the defendant, the class certification determination can be equally momentous. With vanishingly rare exception, class certification sets the litigation on a path toward resolution by way of settlement, not full-fledged testing of the plaintiffs' case by trial. In terms of their real-world impact, class settlements can be quite significant, potentially involving dollar sums in the hundreds of millions or requiring substantial restructuring of the defendant's operations". No estudo de Willing e Wheatman, que será melhor analisado na sequência, os autores estudaram 621 ações coletivas nos Estados Unidos. O número delas que consegue passar pelo teste da certificação é baixo, mas, entre as que passaram, todas, sem exceção, foram definidas por acordo. Não houve um único julgamento. WILLING, Thomas E.; WHEATMAN, Shannon R. Attorney Choice of Forum in Class Action Litigation: What Difference Does It Make. In: *Notre Dame Law Review*, vol. 81, n. 2, 2006, p. 591-654. Isso se deve predominantemente à combinação entre a existência de danos punitivos, que permitem que a condenação atinja um valor muito mais elevado do que a lesão provocada, e o direito constitucional a um julgamento pelo júri, inclusive em matéria civil, que aumenta a imprevisibilidade das decisões, especialmente em questões nas quais o sofrimento das vítimas seja aparente. Não há, ao contrário do que se imagina, uma "cultura do acordo" ou uma menor litigiosidade dos advogados nos Estados Unidos. As ressaltadas características adversariais do sistema talvez ressaltem mais ainda a belicosidade de seus participantes. Mas isso não significa que as pessoas sejam irracionais e o simples cálculo econômico demonstra que o risco do julgamento não justifica suas possíveis vantagens.

<sup>31</sup> *In the Matter of Rhone-Poulenc Rorer Inc.* 51 F.3d 1293 (7<sup>th</sup> Cir. 1995). Processava-se uma empresa produtora de hemoderivados que contaminaram hemofílicos com o vírus HIV. Como Posner é, academicamente, um dos juristas mais reconhecidos do país, a influência de suas decisões é potencializada. Um ano depois, uma ação coletiva nacional contra uma empresa de cigarros teve

ao argumento de que isso exerceria pressão indevida sobre o réu para celebrar acordos em ações não meritórias. A preocupação com essa situação repercutiu sobre a comissão de elaboração das regras processuais, resultando na modificação da *Rule 23* em 2007 e, novamente, em 2009, para possibilitar o cabimento de recurso da decisão de certificação<sup>32</sup>, de modo a atenuar a acusação, não infrequente, de que as ações coletivas significam uma “chantagem institucionalizada” do autor sobre o réu<sup>33</sup>.

As vantagens ou desvantagens de um sistema que incentiva fortemente a solução das controvérsias por acordo ainda são debatidas na doutrina americana. Owen Fiss, em 1984, defendeu a ideia de que o excesso de acordos impede que o juiz cumpra o seu papel de atribuir sentido público às normas jurídicas, de modo que eles não seriam preferíveis em relação aos julgamentos, pelo menos não em todas as situações<sup>34</sup>. O que existe, nesses casos, é uma ilusão de consenso, já que o acordo é obtido pelas pressões e constrangimentos sofridos pelas partes em razão do processo, não por algum tipo de catarse de justiça restaurativa, que fará com que os indivíduos reconstruam a relação existente antes do litígio. Steven Shavell acrescenta que os objetivos públicos do processo não são necessariamente compatíveis com os objetivos privados das partes que o manejam. Quem ajuíza uma ação não se importa se ela é apta a deter comportamentos ilícitos futuros do réu em relação a outros indivíduos, mas sim em obter a reparação pelo dano que sofreu.

---

destino semelhante, citando esse precedente. Ver *Castano v. Am. Tobacco Co.*, 84 F.3d 734 (5<sup>th</sup> Cir., 1996).

<sup>32</sup> *Rule 23* (f) “Appeals. A court of appeals may permit an appeal from an order granting or denying class-action certification under this rule if a petition for permission to appeal is filed with the circuit clerk within 14 days after the order is entered. An appeal does not stay proceedings in the district court unless the district judge or the court of appeals so orders”.

<sup>33</sup> Esse é um tema frequente de debates doutrinários inflamados na doutrina que se dedica ao estudo das *class actions*. De forma geral, a maioria dos autores, atualmente, considera que não há indícios concretos de que os réus sofram pressão indevida para fazer acordos em ações coletivas e mesmo a análise de Posner, em Rhone-Poulenc, já foi criticada por um número expressivo de trabalhos. Um bom resumo das posições, concluindo que a “ameaça” não é mais do que a viabilidade de que o réu seja demandado em igualdade de condições, ao invés de enfrentar autores individuais muito mais fracos, ver SILVER, Charles. We're Scared to Death: Class Certification and Blackmail. In: *New York University Law Review*, vol. 78, n. 4, 2003, p. 1357-1430.

<sup>34</sup> FISS, Owen. Against settlement. In: *Yale Law Journal*, vol. 93, n. 6, 1984, p. 1073-1092. Ver também MILLER, Arthur R. The pretrial rush to judgment: are the “litigation explosion,” “liability crisis,” and efficiency clichés eroding our day in court and jury trial commitments? In: *New York University Law Review*, vol. 78, 2003, p. 982-1134. Não faltam, por outro lado, críticos à posição de Fiss. Ver, por exemplo, FEINBERG, Kenneth R. Reexamining the Argument in Owen M. Fiss, Against Settlement. In: *Fordham Law Review*, vol. 78, n. 3, 2009, p. 1171-1176.

Não existe conexão necessária entre os objetivos do indivíduo e os objetivos do sistema processual. Além disso, os mecanismos pelos quais o ordenamento jurídico tenta equilibrar interesses das partes e interesses sistêmicos têm alcance limitado, porque ambas as variáveis são influenciadas por um grande número de fatores, sobre os quais o conhecimento científico ainda é limitado.<sup>35</sup>

Em termos de perspectivas futuras, é possível afirmar que as *class actions* não vivem, atualmente, seu melhor momento. Os resultados obtidos por seu intermédio, nas últimas décadas, despertaram a aversão daqueles que, em razão de sua aplicação, passaram a se perceber como réus de ações que não existiriam em outras circunstâncias. As grandes indústrias de segmentos reiteradamente processados coletivamente transformaram as ações coletivas em um inimigo para ser eliminado ou, pelo menos, contido. Assim, além de alterações pontuais na *Rule 23*, realizadas pelo comitê judiciário responsável pelas *Federal Rules of Civil Procedure*<sup>36</sup>, em 2005 foi aprovado pelo Congresso dos Estados Unidos o *Class Action Fairness Act - CAFA*, cujo objetivo declarado era a contenção de “abusos” na utilização das *class actions*. Os debates sobre a existência ou não de tais abusos e o futuro das ações coletivas ainda estão em aberto no país. Adicionalmente, a Suprema Corte, marcada por décadas de maioria conservadora, vem tomando posições que, quando não restringem os entendimentos relativos às ações coletivas, pelo menos limitam as tentativas de expandi-las. Decisões como *Amchen*<sup>37</sup>, *Ortiz*<sup>38</sup>,

---

<sup>35</sup> SHAVEL, Steven. The fundamental divergence between the private and the social motive to use the legal system. In: *The Journal of Legal Studies*, vol. 26, 1997, p. 575-612.

<sup>36</sup> As Federal Rules of Civil Procedure não têm seu conteúdo aprovado pelo Poder Legislativo, mas pelo Poder Judiciário, sob a coordenação da Suprema Corte, em virtude de uma delegação de poderes aprovada pelo Congresso, por intermédio do *Rules Enabling Act*, originalmente em 1934. O Judiciário Federal têm autonomia para a elaboração das normas processuais federais, resguardado ao Congresso o direito de vetá-las, em até sete meses após sua aprovação. Para implementar as modificações das normas, a Suprema Corte compõe uma comissão que reúne juízes federais de todos os circuitos, que trabalham com os diversos aspectos do processo. Para um estudo histórico sobre esse processo, ver MCCABE, Peter G. *Renewal of the Federal Rulemaking Process*. In: *American University Law Review*, vol. 44, n. 5, 1995, p. 1655-1692. Nesse contexto, a aprovação de uma norma, pelo Congresso dos Estados Unidos, com o objetivo de alterar regras processuais, tal como ocorreu com o CAFA, é algo excepcional.

<sup>37</sup> *Amchem Products, Inc. v. Windsor*, 521 U.S. 591 (1997). Decidiu-se que há interesses conflitantes entre pessoas já doentes e pessoas apenas expostas ao mesmo agente químico (amianto), exigindo a formação de subclasses e a representação distinta.

<sup>38</sup> *Ortiz v. Fibreboard Corp.* 527 U.S. 815 (1999). Decidiu-se que a utilização da Rule 23(b)(1)(B) exige a demonstração de que os recursos do réu serão insuficientes para o pagamento de todos os lesados, não bastando, para tanto, o acordo entre as partes.

*Wal-Mart*<sup>39</sup> e *Concepción*<sup>40</sup>, que serão abordadas em detalhes na sequência, asseguraram que, se as ações coletivas não vão ser extintas, pelo menos permanecerão contidas aquém dos limites que seus defensores as pretenderiam estender.

Finalmente, há um movimento consistente no sentido de que os conflitos coletivos sejam resolvidos por outras formas de tratamento processual, sem índole representativa. Essa ideia foi colocada em prática, por exemplo, para indenizar os lesados pelos atentados terroristas de 11 de setembro de 2001. O Congresso americano criou um fundo público, para o qual as vítimas poderiam apresentar suas queixas diretamente, de acordo com um procedimento administrativo. Em conjunto com a criação do fundo, o Congresso aprovou regras que, embora não vedassem, tornavam desinteressante o recurso dessas pessoas ao Poder Judiciário, de tal forma que mais de 90% delas efetivamente preferiram ser indenizadas por esse mecanismo<sup>41</sup>. Em 2004, o fundo já havia encerrado suas atividades, mas a experiência foi vista com bons olhos pelo governo, que procurou repeti-la, agora sem apoio legislativo, para indenizar as vítimas do derramamento de petróleo no Golfo do México<sup>42</sup>. De todo modo, a opinião majoritária, no pensamento jurídico norte-americano, se inclina no sentido de que esses movimentos não significam o fim das

---

<sup>39</sup> *Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes, et al.*, 564 U.S. 277 (2011). Decidiu-se pela não certificação de uma classe do tipo (b)(2), porque as circunstâncias nas quais cada um dos membros da classe foi lesado eram diversas. Além disso, reputou-se inviável a obtenção de indenização para os membros da classe em ações desse tipo.

<sup>40</sup> *AT&T Mobility v. Concepcion*, 563 U.S. 321 (2011). Decidiu-se, por 5 votos a 4, que os Estados não podem proibir a celebração de contratos com cláusulas de arbitragem obrigatória para a conclusão de controvérsias, excluindo não apenas a tutela jurisdicional individual, mas também a participação em *class actions*.

<sup>41</sup> FEINBERG, Kenneth. *What Is Life Worth?: The Inside Story of the 9/11 Fund and Its Effort to Compensate the Victims of September 11<sup>th</sup>*. New York: Public Affairs, 2005.

<sup>42</sup> Ambos os fundos foram administrados por Kenneth Feinberg, que se tornou um dos grandes advogados da ideia. Ver FEINBERG, Kenneth. Alternatives to the Conventional Litigation System - Designing and Administering the Gulf Coast Claims Facility. In: *Annual Institute on Mineral Law*, vol. 58, p. 1-13; FEINBERG, Kenneth. Unconventional Responses to Unique Catastrophies. In: *Akron Law Review*, vol. 45, n. 3, 2012, p. 575-582. Esse mecanismo desperta a crítica de parcela considerável da doutrina. Ver MULLENIX, Linda S. Prometheus Unbound: The Gulf Coast Claims Facility as a Means for Revolving Mass Tort Claims - A Fund Too Far. In: *Louisiana Law Review*, vol. 71, n. 3, 2011, p. 819-916. Os resultados do Gulf Coast Claims Facility para os lesados são questionados por ISSACHAROFF, Samuel e RAVE, D. Theodore. The BP Oil Spill Settlement and the Paradox of Public Litigation. In: *Louisiana Law Review*, vol. 74, 2014, p. 397-431.

*class actions*, mas apenas novas premissas, das quais derivarão renovadas feições para o instituto<sup>43</sup>.

### 4.3 O modelo representativo nas *class actions* nos Estados Unidos

#### 4.3.1 A delimitação da classe

O sistema processual estruturado pela *Rule* 23, em 1966, não elencou um rol de direitos materiais passíveis de tutela coletiva. A preocupação da norma foi a definição de características do litígio que permitissem que os indivíduos por ele atingidos fossem tratados como classe e, nessa condição, figurassem no processo por intermédio de um representante. Dois desses requisitos, a numerosidade dos lesados e o compartilhamento de elementos comuns entre eles, são particularmente relevantes para que se possa definir quando é possível a formação de uma classe processual e como ela deve ser delimitada.

O primeiro requisito a ser satisfeito por uma classe que se apresenta em juízo é a numerosidade (a)(1). A *class action* somente será admissível se o número de membros da classe for grande o suficiente para dificultar a realização de seus direitos individualmente, ou seja, para tornar impraticável a formação de litisconsórcio entre os envolvidos. Não há necessidade, entretanto, de inviabilidade absoluta, nem há número mínimo obrigatório. Pesquisas empíricas apontam que seria difícil certificar uma classe com menos de 30 indivíduos e ainda haveria polêmica se o número de envolvidos estivesse entre 30 e 100 pessoas<sup>44</sup>. Por outro lado, isso não significa que processos com mais de 100 pessoas sejam necessariamente conduzidos como *class actions*. No âmbito dos litígios relacionados ao uso de águas públicas, existe um procedimento denominado *general*

---

<sup>43</sup> MULLENIX, Linda S. Aggregate Litigation and the Death of Democratic Dispute Resolution. In: *Northwestern University Law Review*, vol. 107, n. 2, 2013, p. 511-564.

<sup>44</sup> NAGAREDA, Richard A. et al. *The law of class actions and other aggregate litigation*. 2<sup>nd</sup> ed. St. Paul: Foundation Press, 2013, p. 70.

*adjudication*, cujo objetivo é definir quanta água cada utente, ao longo de um rio, tem direito de dele retirar, do qual são conhecidos exemplos com mais de 600 partes individuais envolvidas<sup>45</sup>. Em outro extremo, a regulamentação das *class actions*, na província canadense da British Columbia, apesar de inspirada nos Estados Unidos, estabelece que uma classe pode ser certificada se o processo contemplar pelo menos duas pessoas identificáveis<sup>46</sup>.

O segundo requisito, mais complexo que o primeiro, é o da presença de questões comuns, fáticas ou jurídicas, entre os membros da classe (a)(2). Nas ações do tipo (b)(3), esse requisito é mais rigoroso, exigindo não apenas a existência, mas também a superioridade das questões comuns sobre as individuais. O modelo representativo das *class actions* fundamenta a viabilidade da representação, ou seja, a viabilidade de que uma pessoa litigue por outra, na coesão de interesses. Os membros da classe compartilham entre si e com o representante uma identidade de interesses que, quando adequadamente defendidos por um deles, permite presumir que foi defendido em nome de todos. Exige-se uma relativa homogeneidade de situações fáticas e/ou jurídicas entre os membros da classe, inclusive o representante, que poderá ser mais rigorosa dependendo da modalidade de *class action* pretendida.

Concretamente, o limite dessa homogeneidade é de difícil verificação, conforme exemplifica a decisão de *Wal-Mart Stores v. Duke*, a maior ação coletiva relativa a discriminação no ambiente de trabalho da história dos Estados Unidos, o que não é de se estranhar, considerando que o réu é o maior empregador privado do país. A ação imputava à empresa conduta discriminatória em prejuízo das mulheres, nas promoções internas de empregados, indicando uma classe potencial de 1,6 milhão de trabalhadoras. Ela foi inicialmente certificada em primeiro grau, por um juiz federal em São Francisco. Houve recurso e, após uma série de polêmicas processuais, o Tribunal do 9º Circuito decidiu, por maioria de um voto, manter a decisão de primeiro grau. Seguiu-se apelo à Suprema Corte, que julgou o caso em

---

<sup>45</sup> ADLER, Robert W.; CRAIG, Robin K.; HALL, Noah D. *Modern Water Law*. St. Paul: Foundation Press, 2013, p. 167.

<sup>46</sup> Class Proceedings Act, Chapter 50, Part 2 – 4 (1) The court must certify a proceeding as a class proceeding on an application under section 2 or 3 if all of the following requirements are met: (...) (b) there is an identifiable class of 2 or more persons;



2011 e reverteu a decisão anterior, negando a certificação da classe<sup>47</sup>. O juiz Scalia, autor do voto vencedor, asseverou que a questão central do caso era se as lesões eram ou não comuns a toda a classe. Em sua visão, não se pode ler o requisito da *Rule 23* (a)(2) como a simples existência de questões comuns entre os membros da classe, porque, como todo grupo de pessoas tem algo em comum, isso o tornaria inútil. No caso, por exemplo, toda a classe era composta de mulheres, empregadas da mesma empresa. O requisito legal não poderia ser satisfeito com tão pouco. Seria necessário que todos os membros da classe tenham sofrido o mesmo dano, de modo que a ordem judicial fosse aplicável a todos, indistintamente. Assim, não bastaria que todas as mulheres na mesma empresa sofressem discriminação, mas que a sofressem a partir da mesma fonte<sup>48</sup>. O foco não deve estar nas lesões, mas na possibilidade de que a ação coletiva forneça a todos os membros da classe a mesma resposta<sup>49</sup>.

O problema do voto de Scalia, apontou a minoria de quatro juízes, é que ele exige que as questões comuns sejam predominantes de um modo mais rigoroso que o requisito geral, contido em (a)(2). De acordo com a juíza Ginsburg, é preciso diferenciar esse requisito daquele contido em (b)(3), que demanda, aí sim, que “as questões de fato e de direito que são comuns aos membros da classe sejam superiores a quaisquer questões atinentes apenas a membros individuais”. Dessa forma, o que Scalia teria feito seria transformar em requisito geral das ações coletivas algo que seria específico de apenas uma das três modalidades contidas na *Rule 23*. Ginsburg encontrou evidências de que a discriminação de gênero fazia

---

<sup>47</sup> *Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes, et al.*, 564 U.S. 277 (2011).

<sup>48</sup> “Commonality requires the plaintiff to demonstrate that the class members “have suffered the same injury,” Falcon, *supra*, at 157. This does not mean merely that they have all suffered a violation of the same provision of law. Title VII, for example, can be violated in many ways—by intentional discrimination, or by hiring and promotion criteria that result in disparate impact, and by the use of these practices on the part of many different superiors in a single company. Quite obviously, the mere claim by employees of the same company that they have suffered a Title VII injury, or even a disparate-impact Title VII injury, gives no cause to believe that all their claims can productively be litigated at once. Their claims must depend upon a common contention—for example, the assertion of discriminatory bias on the part of the same supervisor. That common contention, moreover, must be of such a nature that it is capable of classwide resolution—which means that determination of its truth or falsity will resolve an issue that is central to the validity of each one of the claims in one stroke”.

<sup>49</sup> “Here respondents wish to sue about literally millions of employment decisions at once. Without some glue holding the alleged reasons for all those decisions together, it will be impossible to say that examination of all the class members’ claims for relief will produce a common answer to the crucial question why was I disfavored”.

parte da cultura empresarial do réu, e isso seria uma questão comum a todas as empregadas. O fato de existirem diferenças entre as situações de cada uma delas não impediria que o requisito de (a)(2) fosse satisfeito<sup>50</sup>.

Além de demonstrar a dificuldade de definição do que significa, concretamente, a presença de questões comuns entre os membros da classe, esse dissenso é simbólico de um debate acalorado acerca dos limites da cognição na decisão de certificação. O entendimento tradicional, firmado pela Suprema Corte em *Eisen v. Carlisle & Jacquelin*<sup>51</sup>, era de que o julgador não deveria adentrar o mérito da ação coletiva para decidir se esta pode ser certificada. Contudo, como dizem Robert Bone e David Evans, esse é um comando difícil de cumprir, uma vez que fatores relacionados ao mérito são relevantes para a verificação dos requisitos de certificação<sup>52</sup>. Em *Wal-Mart*, era necessário verificar se havia ou não uma cultura empresarial discriminatória para definir até que ponto as pessoas apontadas pelo representante como membros da classe, de fato, compartilhavam entre si lesões que satisfariam o requisito de (a)(2). Como dizem Bone e Evans, o precedente de *Eisen* deveria ser explicitamente abandonado, permitindo-se que o juiz afira a existência de questões comuns a partir da avaliação de provas que denotem não apenas o grau de coesão da classe, mas até mesmo a probabilidade de sucesso da ação, quanto ao mérito do pedido<sup>53</sup>, especialmente quando se considera a ínfima

---

<sup>50</sup> De todo modo, a minoria também entendeu que a classe não deveria ser certificada, porque a ação foi ajuizada no tipo (b)(2), mas também pedia reparação monetária, admissível apenas em (b)(3). Nesse aspecto, a decisão foi unânime. Todavia, o julgamento desfavorável à ação de âmbito nacional não significou o fim do litígio como um todo. O website <[https://walmart.walmartclass.com/public\\_home.html](https://walmart.walmartclass.com/public_home.html)> continua convocando mulheres que trabalham no Wal-Mart e se sentiram vítimas de discriminação a se apresentar para o ajuizamento de novas demandas. Informa também que ainda há class actions regionais em andamento nos estados da Califórnia, Texas, Tennessee, Florida e Wisconsin.

<sup>51</sup> *Eisen v. Carlisle & Jacquelin*, 417 U.S. 156 (1974): "There is nothing in either the language or history of Rule 23 that gives a court any authority to conduct a preliminary inquiry into the merits of a suit in order to determine whether it may be maintained as a class action, and, indeed, such a procedure contravenes the Rule by allowing a representative plaintiff to secure the benefits of a class action without first satisfying the requirements of the Rule".

<sup>52</sup> BONE, Robert G. e EVANS, David S. Class certification and substantive merits. In: *Duke Law Journal*, vol. 51, 2002, p. 1251-1332.

<sup>53</sup> No mesmo sentido, embora com outros argumentos, HAZARD JR., Geoffrey C. Class certification base on merits of the claims. In: *Tennessee Law Review*, vol. 69, 2001, p. 1-11. Durante os debates orais de *Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes*, et al., perante a Suprema Corte, várias vezes a discussão entre os advogados e juizes derivou para questões de mérito, relativas à existência ou não de provas de uma política empresarial discriminatória e da metodologia estatística utilizada pelas partes para aferi-la ou refutá-la, embora, tecnicamente, o que estivesse em debate, naquele momento, fosse

percentagem de litígios que chega a ser efetivamente julgada, nos Estados Unidos, após a certificação<sup>54</sup>. O equívoco dessa decisão terá, provavelmente, sérias consequências.

Quanto maior a classe, mais provável que sua coesão seja discutível. Em *Rahman v. Chertoff*<sup>55</sup>, os representantes pretendiam questionar políticas governamentais de inclusão de pessoas em listas de possíveis terroristas, gerando sucessivas detenções quando os listado ingressavam no país. A classe, no caso, seria composta por todas as pessoas que foram ou viriam a ser detidas sem causa provável, ou seja, segundo a Corte, todo o povo dos Estados Unidos. Isso obstou a certificação, uma vez que ilícitos desse tipo, que causam danos distintos, a pessoas distintas, em ocasiões distintas, devem ser resolvidos pela via administrativa ou legislativa. Problema similar ocorre na definição da classe em lesões de massa (*mass torts*<sup>56</sup>), especialmente quando envolvem exposição a agentes causadores de doenças. Nos Estados Unidos, os litígios relativos à exposição de trabalhadores ao pó de amianto (asbestos) e de militares ao *agent orange*, durante a guerra do Vietnã, são os dois maiores exemplos. Ambos os casos começaram com ações individuais que foram sendo progressivamente agregadas, tanto em *class actions*, quanto em outras formas de agregação<sup>57</sup>. Todavia, as situações de familiares de vítimas falecidas, pessoas que apresentavam a doença, mas com sintomas leves, pessoas gravemente doentes e pessoas expostas que ainda não adoeceram, podendo ou não vir a sofrer os efeitos da exposição, são muito díspares. Isso torna difícil definir se o tratamento coletivo é o mais adequado, à luz do requisito da presença de questões comuns entre elas, caso a ação se processe sob os tipos

---

apenas a certificação da classe. O áudio dos debates está disponível em <[http://www.supremecourt.gov/oral\\_arguments/oral\\_arguments.aspx](http://www.supremecourt.gov/oral_arguments/oral_arguments.aspx)>. Acesso em 28.1.15.

<sup>54</sup> NAGAREDA, Richard A. Class certification in the age of aggregate proof. In: *New York University Law Review*, vol. 84, 2009, p. 97-173.

<sup>55</sup> 530 F.3d 622. (7th Cir. 2008): “The expansive nature of that class (and of the two classes actually certified) shows that the case presents issues more suited to resolution by the democratic process than to adjudication”.

<sup>56</sup> Não há uma expressão exatamente correspondente, em português, a “mass tort”. Tort é o dano causado a outrem, que dá origem à responsabilidade civil. Mass tort é a expressão utilizada para designar uma conduta ou situação que causa dano a um número expressivo de pessoas, motivo pelo qual se optou pela tradução da expressão como lesões de massa ou lesões em massa.

<sup>57</sup> O caso do agent orange é narrado em SCHUCK, Peter H. *Agent Orange on Trial: Mass Toxic Disasters in the Courts*. Enlarged Edition. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1988. Sobre a litigância relacionada ao amianto, ver BARNES, Jeb. *Dust-Up: Asbestos Litigation and the Failure of Commonsense Policy Reform*. Washington, DC: Georgetown University Press, 2011.

(b)(1) ou (b)(2), ou da superioridade de tais questões, caso a demanda seja do tipo (b)(3)<sup>58</sup>. O grau de homogeneidade de uma classe, para que possa ser certificada enquanto tal, acaba sendo resolvido casuisticamente.

No contexto dos *mass torts* surgiu outra questão espinhosa, que é a possibilidade de se certificar uma classe apenas para o fim de firmar um acordo, sem perspectivas de litígio. As partes negociam extrajudicialmente e concordam que a classe seja certificada, mas condicionadamente à homologação do acordo. Caso ele não seja aceito pelo juízo, a certificação volta a ser litigiosa. Em *Amchem Products, Inc. v. Windsor*<sup>59</sup>, um caso relativo à contaminação por amianto, a Suprema Corte entendeu que não é possível inverter a ideia da *Rule 23* para afirmar que, se o acordo é justo, a classe deve ser certificada. Os requisitos de certificação devem ser avaliados considerando a existência do acordo, mas não apenas em razão dele, porque isso significaria desfazer as salvaguardas em favor dos ausentes, instituídas nos requisitos da norma. Assim, a Corte asseverou que, como se tratava de uma ação do tipo (b)(3), deveria ser analisada não apenas a existência de questões comuns, mas a sua predominância entre os membros da classe. Ao realizar tal escrutínio, concluiu que a predominância não existia, porque não seria possível equiparar pessoas doentes ao tempo do acordo e pessoas que foram expostas, mas poderiam ou não vir a adoecer no futuro. Em consequência disso, os representantes foram reputados inadequados, porque suas lesões não seriam típicas de toda a gigantesca classe representada, mas apenas de parte dela<sup>60</sup>. Embora a Corte não tenha efetivamente inviabilizado a certificação da classe apenas para a finalidade de acordo, a perspectiva de sua existência não isenta o juízo de verificar o atendimento de todos os requisitos da *Rule 23*<sup>61</sup>.

A decisão foi muito criticada à época em que foi proferida, com autores afirmando que, no caso do amianto, ela representava risco para a tutela eficaz dos direitos das

---

<sup>58</sup> NAGAREDA, Richard A. *Mass torts in a world of settlement*. Chicago: The University of Chicago Press, 2007, cap. 2.

<sup>59</sup> 521 U.S. 591 (1997).

<sup>60</sup> Em *Metro North Commuter Railroad Co. v. Buckley* (96-320), 521 U.S. 424 (1997), a Suprema Corte decidiu que quem não desenvolveu sintomas da doença não tem direito de ser indenizado pelo stress emocional vivido em razão dessa possibilidade.

<sup>61</sup> Discutindo a “mensagem confusa” da Corte no caso, ver GREEN, Eric D. What Will We Do When Adjudication Ends-We'll Settle in Bunches: Bringing Rule 23 into the Twenty-first Century. In: *UCLA Law Review*, vol. 44, n. 6, 1997, p. 1773-1802.

vítimas, trocando a reparação concreta por uma ilusão de devido processo<sup>62</sup>. Apesar disso, a abertura na redação do voto condutor permitiu que, nos anos subsequentes, se tornasse rotineira a certificação de classes apenas para fins de acordo<sup>63</sup>, despertando, por sua vez, outra crítica, agora sob o argumento de que, sem a ameaça do julgamento, o autor fica em posição desfavorável de negociação, o que poderia levar a um acordo lesivo aos membros ausentes da classe<sup>64</sup>. Há, ainda, quem questione a certificação condicional sob o argumento de que suas premissas a aproximam de um contrato entre o representante da classe, em nome desta, e o réu, firmado sob a supervisão do juiz. O problema é que esse representante não é escolhido pela classe e, ao concordar com a limitação da certificação, restringe suas possibilidades de levar as queixas dos ausentes a julgamento, caso a negociação fracasse<sup>65</sup>. Na prática, todavia, nenhuma dessas objeções se confirma. O que se verifica empiricamente é que a certificação para fins de acordo ocorre quando as partes chegam a um consenso antes que o juízo decida a certificação, ou seja, a negociação não é conduzida sob a premissa de que o pedido de certificação será restrito<sup>66</sup>. O representante também não está impedido de buscar a certificação para

---

<sup>62</sup> Nesse sentido, CABRASER, Elizabeth J. The Class Action Counterreformation. In: *Stanford Law Review*, vol. 57, n. 5, 2005, p. 1475-1520 e ISSACHAROFF, Samuel. Shocked: Mass Torts and Aggregate Asbestos Litigation after Amchem and Ortiz. In: *Texas Law Review*, vol. 80, n. 7, 2002, p. 1925-1942.

<sup>63</sup> Trabalhando com os anos de 2006 e 2007, Brian Fitzpatrick concluiu que 68% dos acordos celebrados em ações coletivas foram feitos em ações especificamente certificadas para esse fim. FITZPATRICK, Brian T. An Empirical Study of Class Action Settlements and Their Fee Awards. In: *Journal of Empirical Legal Studies*, vol. 7, n. 4, 2010, p. 811-846.

<sup>64</sup> Ver, por exemplo, ERICHSON, Howard M. The problem of settlement class actions. In: *The George Washington Law Review*, vol. 82, 2014, p. 951-989.

<sup>65</sup> Howard Erichson afirma: "We need to be clear on what a settlement class action is, or more precisely, what it is not. It is not a contract, at least not in the sense of an agreement to which the class members are parties. It is not an adjudication on the merits. Rather, it is an act of judicial power premised on a negotiated resolution. But the underlying negotiation has the odd characteristic that the negotiator for the claimants is a prospective agent who has neither been authorized to act on behalf of the claimants nor been granted the power to take their claims to trial. This feature creates an asymmetrical dynamic that negates any argument that the act of judicial power is justified by a presumption of fair valuation of claims. The problem is not one of collusion or bad faith, but rather a structural problem built into the very definition of a settlement class action. ERICHSON, Howard M. The problem of settlement class actions. In: *The George Washington Law Review*, vol. 82, 2014, p. 988.

<sup>66</sup> "Parties frequently settle before the judge has decided whether to certify a class. Some settle before a motion to certify or even a class action complaint has been filed. Such settlements typically stipulate that the court may certify a class as defined in the agreement, but only for the purpose of settlement". FEDERAL JUDICIAL CENTER. Manual for complex litigation. 4<sup>th</sup> ed. Disponível em: <<https://public.resource.org/scribd/8763868.pdf>>. Citação p. 250.

fins de julgamento posteriormente, se as negociações fracassarem, podendo haver perda de tempo, mas não de direitos substanciais<sup>67</sup>.

O caso *Amchem* ainda é paradigmático por outra peculiaridade, que compartilha com *Ortiz v. Fibreboard Corp.*<sup>68</sup>, julgado também relativo à contaminação por amianto. Em ambos havia pretensão de se vincular ao acordo todas as futuras reclamações de pessoas que viessem a apresentar doenças decorrentes do produto fabricado pelas empresas, estabelecendo, como diz Issacharoff, “o equivalente secular a uma indulgência plenária” contra todos os futuros processos<sup>69</sup>. Isso originou o debate acerca da possibilidade de se utilizar uma ação coletiva para definir uma classe que incluía litigantes futuros, isentando o réu de toda responsabilidade a partir da celebração do acordo. Mais que isso, causou perplexidade em razão da percepção de que, por muito heterodoxas que fossem, do ponto de vista do devido processo legal – afinal, como seria possível notificar pessoas que sequer apresentam os sintomas das doenças tratadas no caso? – as soluções propostas em ambos os casos eram, provavelmente, a melhor possibilidade de adequada tutela dos direitos das vítimas do amianto<sup>70</sup>. Para Hazard Jr., impedir que os acordos tratem de litígios futuros reduz consideravelmente os

<sup>67</sup> Antes que a jurisprudência se consolidasse, chegou a haver um movimento para alteração da Rule 23, com o objetivo de acomodar expressamente a possibilidade de certificação da classe apenas para fins de acordo. Isso também gerou polêmica, com autores argumentando que essa alteração seria inconstitucional (CARRINGTON, Paul D.; APANOVITCH, Derek P. The Constitutional Limits of Judicial Rulemaking: The Illegitimacy of Mass-Tort Settlements Negotiated under Federal Rule 23. In: *Arizona Law Review*, vol. 39, n. 2, 1997, p. 461-496) e outros aplaudindo a iniciativa (MULLENIX, Linda S. The Constitutionality of the Proposed Rule 23 Class Action Amendments. In: *Arizona Law Review*, vol. 39, n. 2, 1997, p. 615-640). Issacharoff observa que essa modalidade de certificação explicita o problema da legitimidade de um representante não escolhido pelos representados, e que não têm com eles qualquer relação contratual, para decidir quais são as concessões apropriadas em relação a direitos de pessoas que não têm capacidade efetiva de participar do processo. ISSACHAROFF, Samuel. Class action conflicts. In: *U. C. Davis Law Review*, vol. 30, 1997, p. 821. É certo, entretanto, que esse problema existe em relação a todos os acordos coletivos, não apenas àqueles que são celebrados em uma ação especificamente certificada para tal finalidade.

<sup>68</sup> 527 U.S. 815 (1999). A proposta em Ortiz era um pouco mais radical, pretendendo certificar uma classe do tipo (b)(1), que não admite *opt out*, uma vez que decorre da limitação de recursos financeiros do réu para arcar com todas as obrigações.

<sup>69</sup> ISSACHAROFF, Samuel. Governance and legitimacy in the law of class actions. In: *The Supreme Court Review*, 1999, p. 337-392.

<sup>70</sup> Quase vinte anos depois, com mudanças legislativas e um incontável número de ações judiciais, falências, *trust funds* e envolvimento governamental, o problema das doenças provocadas pela exposição ao amianto ainda não se resolveu nos Estados Unidos. Para uma referência atual da situação, ver FLINN, Meghan E. A Continuing War with Asbestos: The Stalemate Among State Courts on Liability for Take-Home Asbestos Exposure. In: *Washington & Lee Law Review*, vol. 71, 2014, p. 707-757; PARTLETT, David. Asbestos wars: in three parts. In: *Washington & Lee Law Review*, vol. 71, 2014, p. 759-788.

incentivos para os réus, praticamente inviabilizando qualquer solução na via jurisdicional coletiva<sup>71</sup>.

Por outro lado, é certo que a inclusão, no mesmo processo, de pessoas em situações distintas, algumas das quais sem a mínima noção de que podem estar a ele vinculadas, uma vez que não desenvolveram doenças na ocasião de sua tramitação, desperta dúvidas quanto a existência de questões comuns entre os membros da classe. Como observou Scalia, é preciso adotar uma visão restritiva do requisito de (a)(2), ao ponto de torná-lo praticamente inútil, para entender que os familiares de alguém falecido em razão de um ilícito compartilham posições fáticas ou jurídicas em comum com alguém que foi exposto a uma substância e pode ou não desenvolver doenças em razão dela. A objeção teórica encontra amparo fático na ação relativa às doenças provocadas pela exposição de soldados ao *agent orange*, no Vietnã. Celebrou-se um acordo, em 1984, vinculando todas as queixas futuras a um fundo de US\$ 170 milhões. O prazo para requerimento de indenização foi limitado em dez anos, a partir da concretização do acordo, fazendo com que alguns membros da classe ficassem excluídos tanto de seus benefícios, quanto da possibilidade de ajuizamento de ação, apenas por terem apresentado tardiamente as doenças associadas à exposição ao produto<sup>72</sup>.

Em resumo, a delimitação da classe assume como ponto de partida uma certa homogeneidade de posições entre os indivíduos que a compõem, embora o grau dessa exigência seja controverso. A presença de questões comuns entre os membros da classe é a primeira salvaguarda imposta ao modelo de processo representativo das *class actions*. Ao exigir que todos os envolvidos no conflito ocupem posições razoavelmente uniformes, a *Rule 23* impede que o resultado do processo seja benéfico apenas a alguns dos integrantes da classe, enquanto prejudica outros. O intuito é o de simplificar a análise da qualidade da representação, evitando que sua verificação precise considerar, individualmente, as situações cada membro ausente da classe. Ao longo do tempo, as partes envolvidas

---

<sup>71</sup> HAZARD JR., Geoffrey. The futures problem. In: *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 148, 2000, p. 1901-1918.

<sup>72</sup> Para uma descrição do caso, do ponto de vista do juiz que celebrou o acordo, ver WEINSTEIN, Jack B. *Individual Justice in Mass Tort Litigation: The Effect of Class Actions, Consolidations, and other Multiparty Devices*. Evanston: Northwestern University Press, 1995.

em *class actions* buscaram elastecer essa demanda por homogeneidade, com a intenção, do lado dos autores, de formar classes mais amplas, com maiores perspectivas de retorno financeiro e, do lado dos réus, de obter um acordo que proporcionasse o apaziguamento mais abrangente da relação<sup>73</sup>. Esses esforços encontraram resistência da jurisprudência, preocupada sobretudo com a possibilidade de que os representantes da classe e seus advogados atuassem em prejuízo dos ausentes ou, pelo menos, de uma parcela deles. Ao contrário da pretensão das partes, o grau de homogeneidade exigido pela Suprema Corte e pelos demais tribunais americanos não foi atenuado, mas ampliado ao longo do tempo, frustrando iniciativas que, ao que parece, tinham potencial para obter bons resultados da perspectiva do direito material.

Empiricamente, os dados disponíveis demonstram que não é fácil se obter a certificação de uma *class action* nos Estados Unidos, seja na justiça federal ou estadual. Em 1996, o *Federal Judicial Center* pesquisou todo o universo de ações coletivas em quatro distritos judiciais federais, concluídas entre julho de 1992 e junho de 1994 e verificou que 37% das ações ajuizadas como *class actions* foram certificadas. Entre essas certificações, 39% eram apenas para fins de acordo e não para a condução do processo como um todo. Em 40% das situações em que a classe foi certificada para fins de acordo, este foi apresentado antes ou em conjunto com o pedido de certificação<sup>74</sup>.

O principal autor do estudo, trabalhando com dados mais recentes, em uma amostra de 621 casos, verificou uma tendência decrescente nas certificações de *class actions*, com um índice de sucesso de 24% e, nesse universo, 58% apenas para fins de acordo<sup>75</sup>. No mesmo sentido, a análise dos processos ajuizados como *class actions* na Califórnia, no período de 2000 a 2006, indicou que 22% do total de ações ajuizadas foram certificadas, em um conjunto de 1294 casos, sendo que, na maioria

---

<sup>73</sup> Ver, sobre o assunto, NAGAREDA, Richard A. *Mass torts in a world of settlement*. Chicago: The University of Chicago Press, 2007.

<sup>74</sup> WILLING, Thomas E.; HOOPER, Loral L.; NIEMIC, Robert J. *Empirical Study of Class Actions in Four Federal District Courts: Final Report to the Advisory Committee on Civil Rules*. Washington, D.C.: Federal Judicial Center, 1996. Os autores também discutem os resultados dessa pesquisa em WILLING, Thomas E.; HOOPER, Loral L.; NIEMIC, Robert J. An Empirical Analysis of Rule 23 to Address the Rulemaking Challenges. In: *New York University Law Review*, vol. 71, 1996, p. 74-185.

<sup>75</sup> WILLING, Thomas E.; WHEATMAN, Shannon R. Attorney Choice of Forum in Class Action Litigation: What Difference Does It Make. In: *Notre Dame Law Review*, vol. 81, n. 2, 2006, p. 591-654.



deles, o pedido de certificação sequer chegou a ser analisado, por variadas razões<sup>76</sup>. A mesma constatação ocorre quando a pesquisa é restrita às ações relacionadas a valores mobiliários. Dados do período de 2002 a 2010 apontam que, em média, mais da metade dos casos ajuizados como *class action*, em cada um dos anos pesquisados, não chegou a ter o pedido de certificação apresentado, seja por haver extinção sem julgamento de mérito ou acordo antes dessa fase. Esse índice atingiu 76% em 2005. Quando o pedido de certificação foi efetivamente feito, a taxa de sucesso girou em torno de 50%. Considerando apenas os casos relativos a valores mobiliários, com certificação requerida e negada, as causas mais frequentemente mencionadas para a recusa de certificação, dentre os requisitos da *Rule 23 (a)*, foram o caráter não típico das queixas, apontado em 35% dos casos, e a inadequação da representação, constatada em 30% deles. A numerosidade e a presença de questões comuns foram objeto de preocupação em apenas 15% e 10% dos casos, respectivamente. Já em relação aos requisitos extras impostos em (b)(3), a falta de predominância das questões comuns foi mencionada em 65% das decisões negativas, enquanto a superioridade da tutela coletiva, apenas em 10% delas<sup>77</sup>.

É preciso ressaltar, contudo, que esses dados, ainda que sejam relevantes para a análise das *class actions* enquanto instrumento processual, podem não indicar o modo como o conflito foi resolvido. Willging e Lee III observaram, em análise de casos no período entre 2003 e 2007, que o fato de uma certificação não ter sido requerida ou mesmo ter sido negada não significa que a classe tenha necessariamente perdido o litígio. No cenário dessa pesquisa, 30,8% dos casos tiveram certificação requerida de modo litigioso, ou seja, sem que houvesse pedido conjunto das partes de certificação apenas para fins de acordo. Nos quase 70%

---

<sup>76</sup> JUDICIAL COUNCIL OF CALIFORNIA. *Class Certification in California: second interim report from the study of california class action litigation february 2010*. San Francisco: Judicial Council of California, 2009. Embora tenha havido 22% de certificações, apenas 5% das ações tiveram a certificação efetivamente negada. Em 73% não houve decisão de certificação, nem positiva, nem negativa. Esses casos incluem hipóteses de extinção sumária do processo, sem decisão de mérito, remoção para outro juízo ou agregação do caso com outro processo. Dentre os casos em que efetivamente houve pedido de certificação, o índice de concessão é mais elevado, atingindo 46%. Mesmo assim, isso ainda significa que em menos da metade das *class actions* em que a certificação foi buscada ela foi bem sucedida.

<sup>77</sup> CORNSTONE RESEARCH. *Securities Class Action Filings: 2013 Year in Review*. Disponível em: <<https://www.cornerstone.com/CMSPages/GetFile.aspx?guid=d88bd527-25b5-4c54-8d40-2b13da0d0779>>. Acesso em 7.11.14.

restantes, a maioria foi arquivada a pedido do autor, sem que se possa determinar exatamente o motivo. Entre os casos em que a certificação foi requerida, o índice de concessão foi de apenas 25,8%. Apesar disso, em 75% dos casos em que a certificação foi negada, a negativa decorreu do fato de terem as partes chegado a um acordo antes que o juízo decidisse a certificação<sup>78</sup>. Assim, o pedido de certificação original perdeu objeto e as partes apresentaram um novo, de certificação para fins de acordo. Isso significa que o número de casos em que a classe foi beneficiada pelo processo coletivo é superior ao baixo índice de sucesso nos pedidos de certificação.

#### 4.3.2 A definição do representante

Superado o requisito de homogeneidade da *Rule 23(a)(2)*, deverá ser escolhido, entre os indivíduos com queixas similares, um ou alguns para atuar na condição de representante da classe, no processo. Na estrutura das *class actions*, Alguém que sofreu uma lesão se apresenta, buscando reparação não apenas para si, mas para todas as demais pessoas que foram prejudicadas de modo similar, como se lê na *Rule 23(a)(3)*<sup>79</sup>. Compete a ele demonstrar a presença de todos os requisitos demandados pela norma, comprovando que a lesão que sofreu é “típica” das sofridas pela classe e que a decisão de seu litígio requer a resolução de questões fáticas e/ou jurídicas que são comuns a todos os demais membros<sup>80</sup>.

---

<sup>78</sup> WILLGING, Thomas; LEE III, Emery. Class certification and class settlement: findings from federal question cases, 2003–2007. In: *University of Cincinnati Law Review*, vol. 80, n. 2, 2012, p. 315-347.

<sup>79</sup> Na Suprema Corte, *Schlesinger v. Reservists Committee*, 418 U.S. 208 (1974): “To have standing to sue as a class representative it is essential that a plaintiff must be a part of that class, that is, he must possess the same interest and suffer the same injury shared by all members of the class he represents”.

<sup>80</sup> *General Tel. Co. v. Falcon*, 457 U.S. 147 (1982): “Respondent’s complaint provided an insufficient basis for concluding that the adjudication of his claim would require the decision of any common question concerning petitioner’s failure to hire more Mexican-Americans. Without any specific presentation identifying the questions of law or fact that were common to the claims of respondent and of the class members he sought to represent, it was error for the District Court to presume that respondent’s claim was typical of other claims against petitioner by Mexican-American employees and applicants”.

Assim, o modelo representativo das ações coletivas, nos Estados Unidos, recusa a possibilidade, utilizada na Europa e no Brasil, de se fazer representação por entes intermediários, como as associações, ou por órgãos governamentais<sup>81</sup>. Apesar disso, na prática, o sistema raramente funciona a partir de iniciativas isoladas de indivíduos. Nas ações em que há perspectiva de retorno financeiro, a condução do processo é protagonizada pelo escritório de advocacia financeiramente interessado<sup>82</sup>. Muitos escritórios se especializaram em segmentos específicos de litígios de massa, como consumo, saúde, valores mobiliários, acidentes ambientais etc. e monitoram esses mercados para encontrar causas que possam ser litigadas coletivamente e que tenham perspectivas financeiras favoráveis. Quando as encontram, o escritório sai em busca de um representante que cumpra, do modo mais fácil possível, os requisitos legais<sup>83</sup>. Outras estratégias também foram registradas. São conhecidas situações em que diferentes escritórios, litigando causas individuais, perceberam, durante a fase probatória, o potencial de massa das demandas, aliando-se para coletivizá-las. Predominantemente, portanto, a coletivização gira em torno do escritório de advocacia<sup>84</sup> e dos benefícios que ele

---

<sup>81</sup> Existem, contudo, as ações *parens patrie*, que serão estudadas na sequência, nas quais a legitimidade é governamental.

<sup>82</sup> É o que a doutrina chama de advogado empreendedor. Ver COFFEE JR. John C. The Regulation of Entrepreneurial Litigation: Balancing Fairness and Efficiency in the Large Class Action. In: *University of Chicago Law Review*, vol. 54, n. 3, 1987, p. 877-937; COFFEE JR., John C. Understanding the Plaintiff's Attorney: The Implications of Economic Theory for Private Enforcement of Law through Class and Derivative Actions. In: *Columbia Law Review*, vol. 86, n. 4, 1986, p. 669-727.

<sup>83</sup> Foi isso que demonstraram, a partir de pesquisa empírica, GARTH, Bryant; NAGEL, Illene H.; PLAGER, S. Jay. The Institution of the Private Attorney General: Perspectives from an Empirical Study of Class Action Litigation. In: *Southern California Law Review*, vol. 61, n. 2, 1988, p. 353-398.

<sup>84</sup> Yeazell descreve, com precisão, o modo como inúmeras mudanças sociais e jurídicas, ao longo do século XX, alteraram as fontes de financiamento de litígios para os escritórios de advocacia, permitindo que mais ações passassem a ser ajuizadas. Além disso, os escritórios de advocacia deixaram de ser predominantemente individuais para se organizar como empresas. Em 1971, 52% trabalhavam sozinhos. Em 1995, menciona o autor, 69% dos advogados nos Estados Unidos trabalhavam em empresas de 2 a 50 advogados. Isso deu um impulso à especialização da advocacia, com três consequências palpáveis: "This expertise has two results. First, such lawyers and firms can market themselves, primarily to other lawyers, as experts in particular forms of litigation. Such marketing can produce enough referrals to justify maintaining this specialized intellectual capital. Second, the investment in intellectual capital can then produce the returns to scale that derive from having a set of cases with similar subject matter, as well as greater returns from any particular case. Finally, the larger firm (recalling that in this context "larger" means a dozen, not hundreds of lawyers) may rationally make a larger investment in firm-specific capital". YEAZELL, Stephen. Re-financing civil litigation. In: *DePaul Law Review*, vol. 51, 2001, p. 183-217. Citação p. 199.

espera obter, não de um indivíduo que assuma para si os ônus de conduzir o processo<sup>85</sup>.

Apesar da inegável importância do aspecto financeiro, nem mesmo as ações de natureza não pecuniária costumam ser obra de indivíduos isolados que resolvem mudar o mundo em que vivem, sem qualquer apoio institucional. *Brown v. Board of Education of Topeka*<sup>86</sup>, uma das mais conhecidas ações coletivas de todos os tempos, em relação a pleitos de direitos civis, não foi ajuizada porque os treze pais de alunos de Topeka decidiram que cabia a eles liderar o movimento nacional pela dessegregação racial. Eles foram recrutados pela *National Association for the Advancement of Colored People – NAACP*, em conjunto com outros ativistas e movimentos de direitos humanos, para figurar como autores da ação. Nada foi deixado ao acaso, desde as estratégias e teses jurídicas que seriam utilizadas, até a escolha de Oliver Brown para nomear a ação<sup>87</sup>.

Assim, o leitor estrangeiro não se deve deixar enganar pela literalidade do teor da *Rule 23* e imaginar que a escolha do representante é guiada, em regra, pela iniciativa individual. Ainda que isso possa ocorrer, não é o que se passa regularmente. Quando se trata de *mass torts*, as ações coletivas representam grandes oportunidades de negócio para escritórios de advocacia, que poderão representar inúmeros clientes, sem a necessidade de entrar em contato com cada um deles, firmar contratos individuais ou manter um relacionamento de serviço

---

<sup>85</sup> NAGAREDA, Richard A. *Mass torts in a world of settlement*. Chicago: The University of Chicago Press, 2007, cap. 2. Esse é um grande problema para a coletivização de litígios no Brasil. O CPC e os entendimentos jurisprudenciais firmados ao longo do tempo asseguram ao advogado um ganho muito maior pelo ajuizamento de milhares de ações individuais do que por uma grande ação coletiva. São infundáveis os recursos e as reclamações de advogados relativamente à fixação de honorários sucumbenciais em valores irrisórios, quando comparados ao valor da causa ou da condenação. Apenas no Superior Tribunal de Justiça, foi possível encontrar, em pesquisa considerando as ementas dos acórdãos e utilizando as expressões “honorários” e “irrisório”, 1585 decisões (Portal do STJ, acesso em 8 de outubro de 2014). A tendência dos juízes fixarem honorários de valores baixos em causas de valor alto estimula os litigantes privados – associações, sindicatos e seus advogados – a, tanto quanto possível, ajuizar muitas ações de baixo valor, ao invés de agregar litígios similares. Essa tendência é claramente perceptível em ações contra entidades estatais, em razão do disposto no art. 20, § 4º do CPC.

<sup>86</sup> 347 U.S. 483 (1954).

<sup>87</sup> Como diz Mark Tushnet, “Brown came to exemplify the possibility that lawyers could structure and execute a litigation strategy designed to produce substantial changes in the law”. TUSHNET, Mark. Some Legacies of *Brown v. Board of Education*. In: *Virginia Law Review*, vol. 90, 204, p. 1693-1720, citação p. 1693. O autor abordou o mesmo assunto mais longamente em TUSHNET, Mark. *The NAACP's Legal Strategy against Segregated Education, 1925-1950*. Chapel Hill: The University of North Carolina Press, 2005.

peçoal. Esses advogados usualmente se responsabilizam pelos custos do processo e são remunerados, ao final, por um percentual do ganho decorrente. Do lado dos litígios de direitos civis, mesmo as causas que não têm repercussão financeira imediata podem trazer grandes compensações em outros aspectos. Em 2001, a NAACP tinha trezentos mil membros ativos e, em 2012, arrecadou mais de US\$ 43 milhões em receitas<sup>88</sup>. Afirmo Owen Fiss<sup>89</sup>:

Ainda que o termo “Procurador-Geral particular” seja usualmente aplicado aos autores da ação, são os advogados, que, na realidade, fazem esse papel e eles devem ser recompensados por seu tempo e esforço. De fato, indo mais longe, a compensação deve ser alta o bastante para atrair os melhores e mais brilhantes a esses empreendimentos.

A preeminência fática dos advogados faz com que o autor do processo tenha reduzida participação na lide e sua figura seja de pouca importância para a solução da mesma. Há quem sustente, como Jean Burns, que o representante, na prática, “está reduzido a pouco mais que um bilhete para admissão em juízo e um exemplo caricatural da reclamação da classe”<sup>90</sup>. Contudo, a *Rule 23* estabeleceu requisitos para o desempenho desse papel e, conforme demonstram os dados empíricos apresentados no subitem anterior, há, efetivamente, ações coletivas cuja certificação é negada em razão de deficiências imputáveis ao representante. Assim, permanece relevante analisar seu perfil.

Inicialmente, cabe observar que, atualmente, a maioria das ações coletivas, nos Estados Unidos, exibe a classe no polo ativo da demanda<sup>91</sup>. Isso decorre do fato de

<sup>88</sup> Cf. <<http://www.charitynavigator.org/index.cfm?bay=search.summary&orgid=4158#.VDWOI741F-w>>. Acesso em 8 de outubro de 2014.

<sup>89</sup> FISS, Owen. The Political Theory of class actions. In: *Washington & Lee Law Review*, vol. 53, 1996, p. 21-31. Citação p. 23.

<sup>90</sup> BURNS, Jean Wegman. Decorative Figureheads: Eliminating Class Representatives in Class Actions. In: *The Hastings Law Journal*, vol. 42, 1990, p. 165-202.

<sup>91</sup> A doutrina brasileira tem devotado consideráveis esforços no sentido de defender a introdução, no sistema nacional, de um regime de ações coletivas passivas, com argumentos que variam desde o seu já verificado reconhecimento jurisprudencial – como no exemplo de ações contra múltiplos invasores ou contra greves – ao acesso à justiça (GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo: Estudos & Pareceres*. São Paulo: Perfil, 2005, p. 219). Esse esforço parece mal direcionado. As ações contra greves são ajuizadas contra os sindicatos que as organizam, e não propriamente contra os grevistas. As ações contra invasores são propostas contra indivíduos definidos que, em regra, deverão ser citados individualmente. O fato de serem muitos não muda a teoria básica do litisconsórcio passivo. Finalmente, uma ação coletiva passiva também não tem relação alguma com as ações propostas contra uma sociedade de fato, sem personalidade jurídica. Levantando problemas similares, VIGORITI, Vincenzo. *Interesse Colettivi e Processo: La legittimazione ad agire*. Milão: Giuffrè, 1979, p. 100; MARANHÃO, Clayton. Nota crítica ao instituto da ação coletiva passiva no direito brasileiro. In: *Scientia Iuris*, Londrina, vol. 9, 2005, p. 9-14.

que, na origem medieval, as ações coletivas pressupunham uma relação prévia entre os membros da classe, atribuindo ao grupo maior coerência e tornando mais simples a atividade representativa<sup>92</sup>. Na atualidade, com o predomínio da situação oposta, qual seja, a total ausência de vínculos prévios entre os indivíduos que integram a classe, a maioria dos autores entende que as ações coletivas passivas acarretam problemas espinhosos em termos de devido processo e representatividade adequada<sup>93</sup>. Além disso, há divergência sobre a possibilidade de utilização das três modalidades de *class actions* previstas na *Rule 23* com a classe no polo passivo da demanda<sup>94</sup>, já que a norma previu a possibilidade de ações passivas, mas não as regulamentou especificamente<sup>95</sup>. Não falta, certamente, quem sugira que existe um potencial inexplorado nas ações coletivas passivas<sup>96</sup>. Todavia, Francis Shen conduziu uma pesquisa quantitativa que apontou que, desde 1972, são propostas em juízos federais norte-americanos mais de 1000 ações coletivas ativas por ano, chegando, em 2006, a aproximadamente 5000. Em todo esse período, as ações coletivas passivas nunca atingiram a marca de 100 processos em um ano<sup>97</sup>. Em decorrência da pequena relevância prática, as dúvidas teóricas

---

De todo modo, o caráter discutível desses exemplos não é o problema mais grave, mas sim o fato de que esse esforço ignora o papel reduzido que as ações coletivas passivas têm em seu próprio universo de origem. Elas são raras na prática e despertam pouco interesse acadêmico.

<sup>92</sup> NAGAREDA, Richard A. The Preexistence Principle and the Structure of the Class Action. In: *Columbia Law Review*, vol. 103, n. 2, 2003, p. 149-242.

<sup>93</sup> SHAPIRO, David L. Class Actions: The Class as Party and Client. In: *Notre Dame Law Review*, vol. 73, n. 2, 1998, p. 913-962. Ver também, BRANDT, Elizabeth Barker. Fairness to the Absent Members of a Defendant Class: A Proposed Revision of Rule 23. In: *Brigham Young University Law Review*, Vol. 1990, n. 3, 1990, p. 909-948.

<sup>94</sup> Discutindo esse problema e negando a certificação da ação coletiva passiva, *Clark v. McDonald's Corp.*, United States District Court District Of New Jersey, julgado em 3.3.2003.

<sup>95</sup> HOLO, Robert E. Defendant Class Actions: The Failure of Rule 23 and a Proposed Solution. In: *UCLA Law Review*, Vol. 38, n. 1, 1990, p. 223-276.

<sup>96</sup> PARSONS, Peter A e STAR,, Kenneth W. Environmental Litigation and Defendant Class Actions: The Unrealized Viability of Rule 23. In: *Ecology Law Quarterly*, Vol. 4, n. 4, 1975, p. 881-914; NETTO, Nelson Rodrigues. The Optimal Law Enforcement With Mandatory Defendant Class Action. In: *University of Dayton Law Review*, Vol. 33, n.1, 2007, p. 59-118; ANCHIETA, Angelo N. Defendant class actions and federal civil rights litigation. In: *UCLA Law Review*, vol. 33, 1985, p. 283-330; SIMPSON Robert R. e PERRA, Craig L. Defendant Class Actions. In: *Connecticut Law Review*, vol. 32, 2000, p. 1319-1336.

<sup>97</sup> SHEN, Francis X. The overlooked utility of the defendant class action. In: *Denver University Law Review*, vol. 88, n. 1, 2010, p. 73-181. Ver especialmente o gráfico da p. 80. O autor, como denota o título do artigo, também é favorável ao maior uso desse instrumento. Também quanto à baixa utilização das ações coletivas passivas nos Estados Unidos, analisando os dados de class actions durante dois anos, em quatro distritos judiciais federais, pesquisa empírica encontrou 407 *class actions*, das quais apenas 4 eram ações passivas. WILLING, Thomas E.; HOOPER, Laural L.;

permanecem, em considerável medida, inexploradas<sup>98</sup>. Por essas razões, a análise da posição do representante, no presente trabalho, enfocará predominantemente sua atuação no polo ativo da demanda.

O representante não é escolhido pela classe. Ao ajuizar a ação, ele se aponta para essa posição e, a partir daí, demonstrará o atendimento aos requisitos da tipicidade, previsto na *Rule 23(a)(3)* e, embora haja alguma divergência sobre o assunto, da adequação da representação, estabelecido em (a)(4). Isso significa que representante deve ter sofrido uma lesão que é típica das suportadas pela classe como um todo e deve representá-la adequadamente<sup>99</sup>. A lei não determina que os membros da classe exerçam qualquer papel na escolha do representante. Se o fizerem, será em decorrência de uma organização preexistente, alheia às normas de

---

NIEMIC, Robert J. *Empirical Study of Class Actions in Four Federal District Courts*: Final Report to the Advisory Committee on Civil Rules. Washington, D.C.: Federal Judicial Center, 1996.

<sup>98</sup> O site Heinonline, que agrega o conteúdo de praticamente todas as revistas jurídicas nos Estados Unidos, registrava, em 9 de outubro de 2014, apenas 18 artigos especificamente sobre o tema, nenhum deles de autoria de algum dos mais reconhecidos estudiosos sobre o assunto. A grande maioria foi citada por poucos trabalhos ou sequer foi citada. O texto de maior impacto é uma nota da Harvard Law Review de 1978, citada apenas 58 vezes, de acordo com o site. (NOTE. Defendant class actions. In: *Harvard Law Review*, Vol. 91, n. 3, 1978, p. 630-658. Isso deveria ser indício mais que suficiente para que o Brasil adotasse redobrada cautela antes de propor, como efetivamente se fez, a transposição do instituto para o país.

Há um exemplo interessante, apesar de teórico, em que mecanismos de defesa coletivos poderiam ser interessantes nos Estados Unidos: algumas grandes empresas, com o objetivo de conduzir campanhas de desestímulo ao mau uso de seus serviços, sobretudo ao compartilhamento não autorizado de material protegido por direitos autorais, iniciaram milhares de processos contra usuários de programas *peer-to-peer*, que compartilharam músicas ilegalmente. Em razão do custo do processo nos Estados Unidos, os réus tiveram fortes incentivos para aceitar uma atrativa proposta de acordo do autor (US\$ 3 mil), ao invés de se defender. Nessa excepcional situação, em que um autor tem maior poder financeiro que os múltiplos réus, em um sistema de alto custo processual para ambas as partes, uma técnica de agregação passiva, embora não necessariamente da forma descrita na Rule 23, poderia ser a solução para equilibrar a disputa. Para uma proposta nesse sentido, ver HAMDANI, Assaf; KLEMENT, Alon. The class defense. In: *California Law Review*, vol. 93, 2005, p. 687-741. No Brasil, embora esse exemplo seja melhor que os corriqueiramente oferecidos pela doutrina que aborda o problema, sua utilidade continua restrita, já que o processo é barato para as partes, tanto da perspectiva das custas, quanto da existência de assistência judiciária gratuita no processo civil, que não existe nos Estados Unidos. Além disso, embora teoricamente possíveis, é incerto se processos dessa espécie foram ajuizados no Brasil. Em 2006, a imprensa noticiou que 20 brasileiros estariam no grupo de 8 mil pessoas processadas civilmente em 17 países pela indústria fonográfica, no contexto de sua estratégia de combate à violação de direitos autorais (ver <<http://g1.globo.com/Noticias/Musica/0,,AA1313890-7085,00.html>>, notícia de 17.10.06 e <[www1.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/fi1810200625.htm](http://www1.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/fi1810200625.htm)>, notícia de 18.10.06). Todavia, não foi encontrada referência específica a qualquer processo, nem ao eventual resultado que deles pudesse ter derivado. Como o anúncio do futuro ajuizamento foi noticiado por dois dos principais jornais do país, parece razoável supor que essas ações faziam parte de uma estratégia de comunicação dos autores e que, se tivesse havido condenação, ela teria sido igualmente publicizada.

<sup>99</sup> Esses pressupostos também terão que ser demonstrados em uma ação coletiva passiva, mas, nesse caso, competirá ao réu apontar um dos autores como representante.

processo coletivo. Há quem questione se seria melhor que o representante fosse eleito pelos membros da classe, mas, em um estudo de caso, Michele Hermann concluiu que esse sistema provavelmente levaria à escolha do membro mais articulado ou do mais radical, mas não necessariamente do mais representativo entre eles<sup>100</sup>.

Ao representante cabe, pelo menos em tese, o papel de autor da ação. Ele é o cliente a quem o advogado se reporta. A dificuldade, segundo Jean Burns, é que a jurisprudência da Suprema Corte não é coerente em relação aos limites desse papel<sup>101</sup>. Em uma linha de decisões, a Corte considerou que se o pedido perdesse objeto em relação ao representante, por qualquer razão, antes do julgamento, todo o processo deveria ser extinto, mesmo que ainda houvesse membros da classe insatisfeitos<sup>102</sup>. Essa é a aplicação da teoria do *personal stake*, que a Corte assentou em *Baker v. Carr*<sup>103</sup>, citando decisões ainda do século XIX<sup>104</sup>: como o sistema judicial dos Estados Unidos é adversarial, o juiz depende da parte para conhecer os fatos, e a melhor forma de garantir que ela se esforçará para cumprir esse papel é exigir que ela tenha algo em jogo no litígio. Nessa linha de pensamento, a representação nas ações coletivas é condicionada pela identidade de interesses. Assegura-se a qualidade da representação pela presunção de que, se a classe perder, o representante também perde. Esse posicionamento atraiu crítica doutrinária, sendo apontado que o papel do representante não pode ser confundido com o do autor em ação individual, para o qual a perda do interesse de agir determina a extinção do processo, porque “as demandas dos autores não nomeados

---

<sup>100</sup> HERMANN, Michele. *Rhem v. Malcolm: A Case Study of Public Interest Litigation: Pretrial Detention*. (Master Thesis), Harvard Law School, 1977. A autora analisa uma ação coletiva intentada para a melhoria de condições prisionais.

<sup>101</sup> BURNS, Jean Wegman. Decorative Figureheads: Eliminating Class Representatives in Class Actions. In: *The Hastings Law Journal*, vol. 42, 1990, p. 168.

<sup>102</sup> *Board of Sch. Comm'rs of Indianapolis v. Jacobs*, 420 U.S. 128 (1975). No caso, 6 autores se voltavam contra regras escolares promulgadas pelo distrito. Ocorre que, antes da decisão, todos os seis se formaram e a Corte tentendeu que “A purported class action by six named plaintiffs, who at the time were high school students, challenging the constitutionality of certain school rules and regulations, is moot, where all six have graduated from school and the District Court”. Houve voto vencido do juiz Douglas.

<sup>103</sup> 369 U.S. 186, 204 (1962).

<sup>104</sup> *Liverpool, N.Y. & Phila. S.S. Co. v. Commissioners*, 113 U.S. 33 (1885).



permanecem vivas para embasar a procedência do pedido”<sup>105</sup>. Além disso, abre-se um caminho simples para o réu: ele pode atender apenas ao pedido do representante, provocando a perda de objeto quanto a ele para, assim, assegurar a extinção de todo o processo<sup>106</sup>.

Na mesma época, entretanto, a Corte desenvolveu uma segunda linha de decisões, nas quais adotou uma visão mais focada na classe e menos no representante. Em *Sosna v. Iowa*<sup>107</sup>, entendeu-se que a perda de objeto seria verificada apenas até a decisão de certificação. A partir dali, mudanças na situação dos direitos do representante não afetariam o processo. Em julgamentos posteriores, a Suprema Corte ampliou esse entendimento, mantendo a tramitação processual mesmo com a perda de objeto para o representante antes da decisão de certificação. Em *Gerstein v. Pugh*<sup>108</sup>, os juízes entenderam que a ação poderia seguir, apesar da situação do representante, porque “a existência constante de uma classe de pessoas sofrendo privações é certa” e, ainda, porque se poderia presumir que o advogado da classe, que era um defensor público, “tem outros clientes com interesse atual no caso”<sup>109</sup>. Como se observa, a Corte deu mais valor ao papel do advogado que ao da parte na adequada exposição dos fatos, pressupondo a probabilidade de que ele tivesse outros clientes na mesma situação. O problema é que, como as circunstâncias fáticas dos casos dessa segunda linha de decisões são diversas das da primeira, é difícil definir, abstratamente, quais seriam os limites de um e de outro entendimento. A Suprema Corte afirmou especificamente que *Gerstein* é uma exceção, porque tratava de direitos de presos provisórios e era pouco provável que qualquer deles ficasse preso durante todo o tempo necessário para a decisão do processo<sup>110</sup>.

<sup>105</sup> BLEDSOE Jr., James. Mootness and standing in class actions. In: *Florida State University Law Review*, vol. 1, 1973, p. 430-462, citação p. 446.

<sup>106</sup> ZELINSKY, Yuri B. Adverting Defendant-Induced Pre-Certification Mootness of Class Actions. In: *Chicago-Kent Law Review*, vol. 55, n. 3, 1979, p. 793-818.

<sup>107</sup> 419 U.S. 393 (1975): “The fact that appellant had long since satisfied the durational residency requirement by the time the case reached this Court does not moot the case, since the controversy remains very much alive for the class of unnamed persons whom she represents and who, upon certification of the class action, acquired a legal status separate from her asserted interest”.

<sup>108</sup> 420 U.S. 103 (1975).

<sup>109</sup> A disparidade entre esses entendimentos é discutida em BURNS, Jean Wegman. Standing and Mootness in Class Actions: A Search for Consistency. In: *U. C. Davis Law Review*, vol. 22, 1989, p. 1239-1288.

<sup>110</sup> “At the time the complaint was filed, the named respondents were members of a class of persons detained without a judicial probable cause determination, but the record does not indicate whether any

Há, portanto, uma colisão entre a visão funcional, que leva em conta o conflito como um todo, apresentado perante a corte, independentemente de quem seja o seu portador, e a visão subjetiva, que enfatiza o papel do representante enquanto personificação dos interesses da classe em juízo. Na primeira posição, o representante se transforma, como diz Jean Burns, em uma “figura decorativa” e a representação será apoiada no papel do advogado e em como ele conduz o litígio. Esse dissenso expõe o que Yeazell chama de tensão entre tipicidade e representatividade adequada. A *Rule 23* (a)(3) exige que as demandas dos representantes sejam típicas dos pleitos da classe. De modo geral, o juiz deveria poder enxergar, no representante, um exemplo arquetípico da lesão sofrida por todos os ausente. Logo em seguida, a mesma norma exige, cumulativamente, que o representante adequadamente defenda os interesses da classe. A pergunta de Yeazell é se seria possível que um representante fosse atípico e, mesmo assim, adequado, porque atua em benefício da classe, com diligência e competência suficiente para ser um bom portador de seus direitos em juízo. O caráter típico da lesão do representante poderia ser lido como apenas um meio para se atingir a representação adequada e não um fim em si mesmo. O problema é que, se o que importa é apenas a adequação da representação, o verdadeiro representante é o advogado, e não a parte, já que ele é encarregado da condução do litígio, tornando irrelevante qualquer verificação dos predicados desta. Assim, para o autor, a *Rule 23* oscila entre uma representação adequada fundada em auto-interesse, que seria a da parte, ou fundada em confiança, que seria a do advogado<sup>111</sup>.

Se parece interessante dar menos valor à figura do representante enquanto parte, já que se resolveria o problema da eventual perda de objeto da ação e se reduziria o alcance do requisito da tipicidade, transferir esse papel para o advogado acarreta a

---

of them were still in custody awaiting trial when the District Court certified the class. Such a showing ordinarily would be required to avoid mootness under *Sosna*. But this case is a suitable exception to that requirement. See *Sosna*, supra, at 419 U. S. 402 n. 11; cf. *Rivera v. Freeman*, 469 F.2d 1159, 1162-1163 (CA9 1972). The length of pretrial custody cannot be ascertained at the outset, and it may be ended at any time by release on recognizance, dismissal of the charges, or a guilty plea, as well as by acquittal or conviction after trial. It is by no means certain that any given individual, named as plaintiff, would be in pretrial custody long enough for a district judge to certify the class. Moreover, in this case, the constant existence of a class of persons suffering the deprivation is certain. The attorney representing the named respondents is a public defender, and we can safely assume that he has other clients with a continuing live interest in the case”.

<sup>111</sup> YEAZELL, Stephen C. *From medieval group litigation to the modern class action*. New Haven: Yale University Press, 1987, p. 250.

dificuldade, percebida pela Suprema Corte, de que o caráter representativo de sua atuação dependerá, em grande medida, de uma avaliação *post hoc*<sup>112</sup>. Para o juiz White, em voto vencido, o que se produz, nesse caso, é um processo sem parte, e o recurso a uma classe de pessoas desconhecidas, que supostamente teriam o mesmo problema, seria apenas uma forma de acobertar o paradoxo. Nagareda *et al.* expõem esse problema recorrendo a uma analogia empresarial. A literatura econômica já demonstrou que a propriedade dos ativos e seu gerenciamento deve ser separada para atingir bons níveis de governança, porque envolver todos os proprietários nas decisões é ineficiente. Por outro lado, quando isso ocorre, os gerentes não têm estímulos para maximizar os ganhos e podem até mesmo ganhar atuando em prejuízo dos proprietários<sup>113</sup>. Em um processo, a questão é similar. Em uma relação individual, a parte tem mais mecanismos para acompanhar a atuação do advogado e, pelo menos até certo ponto, tem algum controle sobre decisões cruciais relativas aos rumos do litígio. Nas demandas coletivas, dado o grande número de proprietários dos direitos, esse controle precisa ser reduzido para viabilizar a condução da ação. Contudo, quanto mais ele se reduz, maior o risco de que a atuação do advogado se divorcie dos interesses dos titulares dos direitos<sup>114</sup>. Diminuir ou eliminar o papel do representante potencializa esse risco.

Esse problema é grave porque o controle dos titulares dos direitos litigiosos sobre a atuação do advogado da classe é especialmente diminuto, já que não escolhem o

---

<sup>112</sup> Foi o que constou no voto vencido em *Sosna v. Iowa*, já citado: "For all practical purposes, this case has become one-sided, and has lost the adversary quality necessary to satisfy the constitutional "case or controversy" requirement. A real issue unquestionably remains, but the necessary adverse party to press it has disappeared. The Court thus dilutes the jurisdictional command of Art. III to a mere prudential guideline. The only specific, identifiable individual with an evident continuing interest in presenting an attack upon the residency requirement is appellant's counsel. The Court in reality holds that an attorney's competence in presenting his case, evaluated post hoc through a review of his performance as revealed by the record, fulfills the "case or controversy" mandate. The legal fiction employed to cloak this reality is the reification of an abstract entity, "the class," constituted of faceless, unnamed individuals who are deemed to have a live case or controversy with appellees."

<sup>113</sup> NAGAREDA, Richard A. et al. *The law of class actions and other aggregate litigation*. 2<sup>nd</sup> ed. St. Paul: Foundation Press, 2013, p. 36.

<sup>114</sup> Coffee Jr. afirma: "Absent client control, the plaintiff's attorney will predictably deviate from the clients' preferences to pursue the attorney's own interests. Why? The short answer is that when the plaintiffs law firm is able to act as a rational and unconstrained entrepreneur, it has very different interests, risk preferences, and incentives than those of its clients, the class members, and conflicts become inevitable. In the simplest and most extreme case, the plaintiffs attorney might exchange a cheap (or below-market) settlement for a lucrative (and above-market) attorney's fee paid in some form by the defendant". COFFEE JR., John C. Accountability and Competition in Securities Class Actions: Why Exit Works Better Than Voice. In: *Cardozo Law Review*, vol. 30, n. 2, 2008, p. 407-444. Citação p. 412.

advogado. Pelo contrário, em diversas situações, o advogado os escolhe, atuando decisivamente na delimitação da classe e na indicação do representante. Adicionalmente, não existe vínculo contratual entre o advogado e a classe – nem mesmo com o representante – e, na hipótese das ações do tipo (b)(1) e (b)(2), os membros da classe sequer saberão que são representados até que a decisão venha a ser implementada, já que essas modalidades não exigem notificação individual e não contemplam o direito de *opt out*. Para Nagareda *et al.*<sup>115</sup>, assim como para Issacharoff<sup>116</sup>, esse problema se assemelha ao da democracia representativa. Ao mesmo tempo em que é difícil integrar todas as pessoas em todas as decisões, é complexo garantir que o representante atue como os representados gostariam, mesmo que se suponha, em uma simplificação recorrente, mas inexata, que todos os membros da classe querem exatamente as mesmas coisas. Há outra preocupação: em boa parte das *class actions*, o advogado atua com base no êxito (*contingency fees*), suportando parte considerável do risco do processo. Não é incomum que o seu melhor resultado esteja em conflito direto com o melhor resultado para os titulares dos direitos materiais, por razões eminentemente financeiras<sup>117</sup>.

A não ser que exista um conflito evidente entre o representante ou a classe e o advogado, não existem balizas seguras para regular essa relação. A lei não cuidou de fazer a transposição do paradigma tradicional da relação advogado-cliente para as ações coletivas. Não há certeza, sequer, se o cliente do advogado é a classe como um todo ou o representante. A literatura se divide quanto a esse tema. Muitos afirmam que a parte representante não cumpre, efetivamente, qualquer papel no processo e poderia simplesmente não existir, passando-se a considerar a classe como cliente e o advogado como representante, incumbindo-se o juiz de fiscalizá-

---

<sup>115</sup> Op. cit., p. 39.

<sup>116</sup> ISSACHAROFF, Samuel. Governance and legitimacy in the law of class actions. In: *The Supreme Court Review*, 1999, p. 337-392.

<sup>117</sup> Nesse sentido, MACEY, Jonathan R. e MILLER, Geoffrey P. The Plaintiffs' Attorney's Role in Class Action and Derivative Litigation: Economic Analysis and Recommendations for Reform. In: *The Chicago University Law Review*, vol. 58, n. 1, 1991, p. 1-118. Embora esse conflito financeiro não esteja presente nas ações coletivas brasileiras, não há razões para se supor que elas estejam imunes aos demais. É perfeitamente possível que os representantes, independentemente de má-fé, ajam de modo distinto do que a classe gostaria, seja por considerarem que esse é o melhor caminho, que é o caminho mais fácil ou simplesmente por desconhecer a opinião dos representados.

lo<sup>118</sup>. A vantagem desse argumento é que a prática funciona predominantemente dessa forma e há poucos indícios de que a eliminação da figura do representante fosse trazer às ações coletivas prejuízos concretos, já que a ideia de que ele controla a conduta do advogado é, na maioria dos casos, infundada. Como diz Coffee Jr. “a escolha é entre a realidade e a ilusão. Nós podemos continuar fingindo que o representante da classe é a verdadeira parte, ou nós podemos reconhecer a realidade do advogado como autor”<sup>119</sup>. Nem mesmo os próprios advogados, segundo Grosberg, acreditam que o controle ou o consentimento do cliente é necessário para conduzir uma *class action*<sup>120</sup>. Para Macey e Miller<sup>121</sup>, melhor seria que a lei passasse a considerar que é o advogado quem efetivamente controla o litígio e, a partir daí, regulasse sua conduta, ao invés de confiar na fiscalização do representante<sup>122</sup>. A avaliação de adequação da representação deveria ser focada apenas nos predicados do advogado e não do representante. Afinal,

não há nada mais embaraçoso para todos os envolvidos do que o momento em que o autor, em uma ação coletiva de consumo com lesões de baixo valor, afirma perante o juízo que, independentemente do quão pequena seja sua lesão, ou do quão grande seja uma oferta de recompensa pessoal, ele nunca, nunca abandonará os interesses dos seus colegas de classe – os quais, é claro, ele sequer conhece. Não apenas essa prática é uma farsa, mas se esse indivíduo é sincero em pensar que nenhuma quantia justifica o abandono de alguns membros da classe ausentes e desconhecidos, quem entregaria seus interesses aos cuidados de alguém tão estúpido?<sup>123</sup>

<sup>118</sup> Nesse sentido, BURNS, Jean Wegman. Decorative Figureheads: Eliminating Class Representatives in Class Actions. In: *The Hastings Law Journal*, vol. 42, 1990, p. 165-202; ISSACHAROFF, Samuel. Governance and legitimacy in the law of class actions. In: *The Supreme Court Review*, 1999, p. 337-392.

<sup>119</sup> COFFEE JR., John C. The Regulation of Entrepreneurial Litigation: Balancing Fairness and Efficiency in the Large Class Action. In: *University of Chicago Law Review*, Vol. 54, n. 3, 1987, p. 877-937, citação p. 899.

<sup>120</sup> GROSBERG, Lawrence M. Class actions and client-centered decisionmaking. In: *Syracuse Law Review*, vol. 40, 1989, p. 709-788. Citação p. 709. Apesar de relatar a posição, próprio Grosberg, defende opinião oposta e valoriza o papel do representante.

<sup>121</sup> MACEY, Jonathan R. e MILLER, Geoffrey P. The Plaintiffs' Attorney's Role in Class Action and Derivative Litigation: Economic Analysis and Recommendations for Reform. In: *The Chicago University Law Review*, vol. 58, n. 1, 1991, p. 1-118.

<sup>122</sup> Os autores afirmam (idem, p. 5-6): “The named plaintiff does little-indeed, usually does nothing-to monitor the attorney in order to ensure that representation is competent and zealous, or to align the interests of the attorney with those of the class or corporation. On the other hand, the requirement that there be an actual named plaintiff artificially limits the supply of attorneys able to bring large-scale, small-claim cases because in many cases “appropriate” representative plaintiffs are hard to find. The quality of representation is thereby diminished, and the private enforcement of law impaired. (...) We believe that the costs of requiring an actual named plaintiff greatly outweigh the benefits”.

<sup>123</sup> ISSACHAROFF, Samuel. Class action conflicts. In: *U. C. Davis Law Review*, vol. 30, 1997, p. 805-833. Citação p. 829.

Há, por outro lado, aqueles que entendem que o papel do representante só não é concretamente significativo porque não é adequadamente estimulado. Esses autores sustentam que o representante tem pelo menos três finalidades no processo: supervisionar a atuação do advogado, impedindo que ele negocie os direitos da classe em troca de seus próprios interesses, servir como exemplo arquetípico da lesão provocada e resolver questões de definição de foro<sup>124</sup>. Ainda que esses deveres não sejam rotineiramente discutidos pela jurisprudência, a intenção da *Rule 23* foi a de que o representante funcionasse como um depositário dos interesses da classe, exercendo as responsabilidades inerentes a esse papel<sup>125</sup>.

A falta de estímulo à atuação do representante decorreria, entre outros fatores, do fato de ele não ser recompensado de nenhuma maneira por ocupar tal posição, ao argumento de que ajuizar uma ação judicial não é algo que gere ônus a ser compensado. Há quem sustente, todavia, que é justamente por não ser compensado que o representante não se envolve mais no litígio. Espera-se que ele atue enquanto todos os demais membros da classe, titulares de direitos similares, apenas aguardam o resultado do processo. Inexistem, nessa situação, estímulos racionais para que o representante se envolva com o litígio mais que o mínimo necessário. Em síntese, trata-se de uma mera aplicação da teoria de Mancur Olson<sup>126</sup>, segundo a qual, se os membros de um grupo serão recompensados igualmente em uma situação, independentemente de agirem ou não, ninguém tem estímulos racionais para suportar, sozinho, os custos da ação. A não ser que se conte com estímulos irracionais – o senso de cumprimento do dever, a participação em uma atividade que a pessoa considere interessante, a consciência cívica etc. – todos os membros do grupo preferirão esperar que outra pessoa aja, reduzindo a probabilidade de que alguém, de fato, o faça<sup>127</sup>. Para Olson, a única solução, do ponto de vista

---

<sup>124</sup> RUBENSTEIN, William B. On plaintiff “incentive” payments. In: *Class Action Attorney Fee Digest*, 2007, n. 4, p. 95-97. As questões relacionadas a foro são específicas dos Estados Unidos e não serão tratadas aqui. Ver também CONTE, Alba e NEWBERG, Harbert. *Newberg on class actions*. 4th ed. Vol. 5. Danvers: Thomson West, 2002.

<sup>125</sup> HENSLER, Deborah et al. *Class Action Dilemmas: Pursuing Public Goals for Private Gain*. Santa Monica: RAND, 2000, p. 26.

<sup>126</sup> OLSON, Mancur. *The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups*. Cambridge: Harvard University Press, 1965.

<sup>127</sup> Olson se refere a essa situação com a expressão “free rider effect”.

econômico, é atribuir benefícios individuais, superiores aos auferidos pelos demais, àquele que agiu.

Em 1995, o *Private Securities Litigation Reform Act* se concentrou na figura do representante, estabelecendo vários requisitos destinados a evitar que esse papel fosse insignificante<sup>128</sup>. Aquele que se apresenta deve assinar uma declaração juramentada de que não comprou os valores mobiliários litigiosos por indicação do advogado, com o propósito de atuar na ação, bem como que leu a petição inicial e autorizou seu ajuizamento. Ele também é obrigado a se comprometer a testemunhar, se for necessário, e deve informar se foi representante em outras ações coletivas nos últimos três anos. Além disso, a norma reforçou a ideia de que o melhor representante é aquele que tem mais a perder com o processo (*interest at stake*)<sup>129</sup>, estabelecendo uma presunção relativa nesse sentido<sup>130</sup> e determinando, por essa razão, a precedência desse agente para atuar nessa função. Quanto à possibilidade de remuneração, ainda que se tenha estabelecido como regra que ela não deve existir, permite-se que o juiz decida de modo diferente, caso repute que a atuação foi especialmente relevante para o desenvolvimento do processo. Analisando essas mudanças, dez anos depois de implementadas, James Cox e Randall Thomas encontraram resultados ambíguos: enquanto o valor dos acordos aumentou nos processos em que o papel de representante foi assumido por investidores institucionais, a razão entre esse valor e a perda estimada provável dos investidores diminuiu desde a aprovação do *Private Securities Litigation Reform Act*. A conclusão dos autores, de modo geral, otimista, é a de que investidores institucionais atuam melhor em casos de perdas grandes, o que justifica que ela seja

<sup>128</sup> Essa norma, evidentemente, só vale para os litígios envolvendo valores mobiliários, mas, como a Rule 23 não estabelece regras mais específicas para a escolha do representante a análise dessa norma é interessante. Não há notícia, entretanto, de que ela seja aplicada analogicamente em outros campos.

<sup>129</sup> A ideia é creditada aos professores Weiss e Beckerman e é exposta em WEISS, Elliott J. e BECKERMAN, John S. Let the Money Do the Monitoring: How Institutional Investors Can Reduce Agency Costs in Securities Class Actions. In: *Yale Law Journal*, vol. 104, n. 8, 1995, p. 2053-2128.

<sup>130</sup> 15 U.S. Code § 78u-4 - Private securities litigation, (B)(iii) Rebuttable presumption  
(l) In general Subject to subclause (II), for purposes of clause (i), the court shall adopt a presumption that the most adequate plaintiff in any private action arising under this chapter is the person or group of persons that—  
(aa) has either filed the complaint or made a motion in response to a notice under subparagraph (A)(i);  
(bb) in the determination of the court, has the largest financial interest in the relief sought by the class;  
(...)

mais estimulada, mas indivíduos continuam sendo mais efetivos em casos pequenos<sup>131</sup>.

Theodore Eisenberg e Geoffrey Miller<sup>132</sup> conduziram uma pesquisa empírica com ações coletivas sobre variados assuntos, decididas entre os anos de 1993 e 2002, abarcando 374 processos<sup>133</sup>. Em média, 28% dos acordos incluíam pagamentos ao representante da classe, mas esse percentual varia de acordo com o tipo de processo, chegando a 59% nas ações relativas a créditos ao consumidor e 46% nos casos de discriminação no ambiente de trabalho. Nem em percentual, nem em valores absolutos, os montantes pagos são elevados: em média, 0,16% do total do acordo, o equivalente a US\$ 15.992,00. Eisenberg e Miller consideram que o papel do representante é essencial para o desenvolvimento do processo. Ainda que esse agente não suporte, em regra, o seu risco financeiro, ele tem custos pecuniários e não pecuniários por exercer essa atividade. Todavia, a pesquisa dos autores conclui, de maneira geral, que o valor pago ao representante costuma variar em função do valor atribuído aos advogados, o que sugeriria que os juízes se valem dos ganhos do advogado como mecanismo para aferir a compensação do representante. Tanto para os advogados, quanto para os representantes, o percentual de pagamento, em relação ao valor total do acordo, é decrescente à medida que os valores totais aumentam<sup>134</sup>. Assim, não há evidências concretas de que os representantes estejam sendo remunerados em função de uma avaliação da qualidade com a qual estão desempenhando o seu papel, mas do resultado do processo de forma geral<sup>135</sup> e, em

---

<sup>131</sup> COX, James D. e THOMAS, Randall S. Does the plaintiff matter? An empirical analysis of lead plaintiffs in securities class actions. In: *Columbia Law Review*, vol. 106, 2006, p. 1587-1640. Coffee Jr. considera a conclusão otimista demais. Afirma que os investidores institucionais são muito seletivos com os casos que querem assumir e que, em muitas situações, vão preferir simplesmente exercer o opt-out e conduzir seus litígios individualmente. COFFEE JR., John C. Accountability and Competition in Securities Class Actions: Why Exit Works Better Than Voice. In: *Cardozo Law Review*, vol. 30, n. 2, 2008, p. 424.

<sup>132</sup> EISENBERG, Theodore; MILLER, Geoffrey. Incentive Awards to class representatives: an empirical study. In: *UCLA Law Review*, vol. 53, 2006, p. 1303-1351.

<sup>133</sup> Por decididas entende-se, aqui, acordos homologados. Nenhuma das ações pesquisadas foi efetivamente julgada.

<sup>134</sup> EISENBERG, Theodore; MILLER, Geoffrey. Attorney Fees in Class Action Settlements: An Empirical Study. In: *Journal of Empirical Legal Studies*, vol. 1, n. 1, 2004, p. 27-78.

<sup>135</sup> Por exemplo, se o papel do representante for evitar que os custos com o advogado sejam muito altos, não há evidências de que ele esteja sendo remunerado por isso, uma vez que seu pagamento não é inversamente proporcional aos honorários advocatícios. EISENBERG, Theodore; MILLER, Geoffrey. Incentive Awards to class representatives: an empirical study. In: *UCLA Law Review*, vol. 53, 2006, p. 1309. Cabe recordar que o regime de pagamento de advogados nos Estados Unidos é



alguns casos, em função de custos não pecuniários. Por exemplo, nos processos relativos a pequenas lesões ao consumidor, esses incentivos seriam uma forma de se evitar que o representante tivesse prejuízo com o processo, dado o reduzido valor que teria a receber pessoalmente. Na esfera trabalhista, o incentivo compensaria a possibilidade de imposição de represálias por parte do empregador<sup>136</sup>. Por outro lado, Jocelyn Larkin cataloga uma série de casos em que os representantes foram remunerados tendo como parâmetro algum dos seguintes fatores: o tempo e esforço despendidos, necessidade de se encorajar processos similares, risco financeiro assumido ou risco de retaliação pessoal<sup>137</sup>.

Discutindo os resultados de Eisenberg e Miller, Richard Nagareda<sup>138</sup> observa que a ideia de que aquele que tem o maior valor em jogo é o melhor representante não é exata. Por exemplo, em lides relativas a fraudes no mercado de valores mobiliários, não é incomum que quem tenha o maior prejuízo, em valores absolutos, sejam investidores institucionais, para os quais o prejuízo relativo é pequeno, e que terão inúmeras outras razões de mercado para não assumir o protagonismo na demanda<sup>139</sup>. Assim, para Nagareda, nem sempre é possível confiar que o valor dos direitos do representante, em jogo no processo, serão suficientes para motivá-lo a supervisionar adequadamente o trabalho do advogado. Por essa razão, impedir que se atribua ao representante remuneração específica pelo papel que exerce poderia obstar o resultado pretendido, que é o incremento da importância de sua atuação.

---

fortemente calcado em horas de trabalho, diferentemente do que usualmente ocorre no Brasil. Isso tem uma grande influência no desenvolvimento dos litígios e nas estratégias das partes, inclusive para a celebração de acordos. Quanto mais longo o processo, mais dispendioso ele se torna. Para uma visão geral sobre o financiamento dos litígios civis nos Estados Unidos, v. HENSLER, Deborah. Financing civil litigation: the US perspective. In: TULL, Mark e VISSCHER, Louis (eds.). *New Trends in Financing Civil Litigation in Europe: A Legal, Empirical, and Economic Analysis*. Northampton: Edward Elgar, 2010, p. 149-174.

<sup>136</sup> EISENBERG, Theodore; MILLER, Geoffrey. Incentive Awards to class representatives: an empirical study. In: *UCLA Law Review*, vol. 53, 2006, p. 1308.

<sup>137</sup> LARKIN, Jocelyn. *Incentive awards to class representatives in class action settlements*. Disponível em: <<http://impactfund.org/downloads/Resources/IncentiveAwards.pdf>>. Acesso em 10.10.2014.

<sup>138</sup> NAGAREDA, Richard. Restitution, rent extraction, and class representatives: implications of incentive awards. In: *UCLA Law Review*, vol. 53, 2006, p. 1483-1496.

<sup>139</sup> Ver também COX, James D. e THOMAS, Randall S. Letting Billions Slip through Your Fingers: Empirical Evidence and Legal Implications of the Failure of Financial Institutions to Participate in Securities Class Action Settlements. In: *Stanford Law Review*, Vol. 58, n. 2, 2005, p. 411-454.

Mesmo com essas posições favoráveis, a atribuição de pagamento ao representante continua sendo vista com ressalvas pelos juízes<sup>140</sup>. O principal motivo apontado para tanto é a possibilidade de que a remuneração pudesse gerar conflitos de interesses entre a classe e o representante. Essa preconcepção é, todavia, pouco fundamentada empiricamente, dados os baixos valores usualmente atribuídos a esses agentes<sup>141</sup>. O conflito mais preocupante, no âmbito das ações coletivas, se dá em relação aos interesses dos advogados e à fixação de seus honorários, tema tratado no subitem seguinte.

---

<sup>140</sup> Apenas a título de exemplo, em *Wolph v. Acer Am. Corp.*, Case No. 3:09-cv-0-1314-JSW (N.D. Cal. Oct. 21, 2013), um juiz da Northern California Federal District reduziu os incentive awards dos representantes de US\$ 5.000,00 para apenas US\$ 2.000,00 para cada um, em um total de US\$ 4.000,00. Apenas para que se tenha dimensão de quão pouco isso representa, a mesma decisão atribuiu aos advogados US\$ 943.217,00. Em *Greenberg v. Procter & Gamble Co.*, No. 11-4156 (6th Cir. Aug. 2, 2013), o sexto circuito de apelações rejeitou um acordo em razão de excesso nos pagamentos previstos para advogados e representantes. O caso tratava de fraudas defeituosas que causaram assaduras em crianças. Os advogados receberiam US\$ 2,73 milhões em honorários, enquanto os representantes receberiam apenas US\$ 1.000,00 por filho lesado. A corte considerou que esse valor seria excessivo, comparando-o com o fato de que os membros ausentes da classe não receberiam compensação financeira. Na decisão em que aprovou o acordo no caso *City of Providence v. Aeropostale*, 11-Civ-7132-CM-GWG, 5.9.14, a juíza Colleen McMahon afirmou, ao autorizar o reembolso de US\$ 11.000,00 ao município representante, que a decisão deveria servir de alerta no sentido de que, no futuro, ela não “daria mais gorjeta”, pelo menos em regra, aos representantes: “For the most part, I fail to see why a party who chooses to bring a lawsuit should be compensated for time expended in appearing at a deposition taken in order to insure that he is actually capable of fulfilling his statutory obligations, or responding to document requests, or performing what are essentially duplicative reviews of pleadings and motions that his lawyers are perfectly capable of reviewing for him (...) But this opinion should serve notice that this court, at least, will not routinely decide to ‘tip’ lead plaintiffs simply because their names appear in the caption, and will view with some skepticism conclusory arguments that they actually made a meaningful substantive contribution to the lawsuit.”

<sup>141</sup> Além dos dados mencionados na nota anterior, *Parker v. Time Warner Entertainment Co.*, 331 F.3d13 (2<sup>nd</sup> Cir. 2003) constitui um caso bastante emblemático. Tratava-se de ação ajuizada contra a Time Warner por compartilhamento indevido de informações pessoais de seus clientes, o acordo (disponível em <http://twcsettlement.com/sa.pdf>. Acesso em 12.10.14) estabeleceu para a classe um mês de algum dos serviços providos pela empresa gratuitamente, ou dois filmes grátis gratuitamente, ou um cheque de US\$ 5,00. Aos representantes foi acordado o pagamento de US\$ 2.500,00 para cada um, “in consideration of their time and expenses devoted to this litigation on behalf of the class”, que não deve ter sido muito ou não deve ter sido tão considerado, a julgar pelo valor. Para os advogados, foi acordado o pagamento de US\$ 5 milhões. Houve audiência pública, prazo de *opt out* e para objeções escritas, embora o site não informe se alguma foi efetivamente apresentada. Após, o acordo foi aprovado pelo juiz e implementado em 7 de junho de 2010.

#### 4.3.3 Representante versus advogado: conflitos de interesse

Uma das funções do representante, em uma ação coletiva, é supervisionar e monitorar o trabalho do advogado, dividindo com ele a responsabilidade pelas decisões centrais ao longo do processo. Embora o conflito representante-advogado seja delicado em ações coletivas, ele existe também em demandas individuais. Há debates, sob o ponto de vista ético, acerca dos limites para a atuação autônoma do advogado, predominando, nos Estados Unidos, o princípio do consentimento informado, que ressalta que o cliente é quem controla os rumos do processo e deve ser cientificado das estratégias possíveis, para que possa decidir qual a melhor<sup>142</sup>, cabendo ao advogado se ater a sua vontade<sup>143</sup>. Não obstante, alguns autores veem com ceticismo a possibilidade de que a parte seja autônoma em relação à opinião do advogado, uma vez que seu conhecimento do processo deriva apenas dela<sup>144</sup>. Mesmo que o advogado não deva pressionar o cliente, por exemplo, a aceitar um acordo, o limite entre a influência, decorrente do dever de oferecer conselhos sobre a melhor decisão, e a pressão indevida, nem sempre será claro<sup>145</sup>.

Nas ações coletivas, o cerne do problema se encontra no fato de que o representante, o advogado e os membros ausentes da classe podem ter interesses distintos em relação ao resultado do processo<sup>146</sup>. Além disso, a *Rule 23* prescreve que não é o cliente quem escolhe o advogado, mas o juízo, no momento da certificação ou, provisoriamente, antes dela (*Rule 23 (g)*). Isso significa que o

---

<sup>142</sup> A obra clássica sobre o assunto é ROSENTHAL, Douglas E. *Lawyer and client: who is in charge?* New York: Russel Sage Foundation, 1974. De modo geral, ver RHODE, Deborah *et al.* *Legal ethics*. 6<sup>th</sup> ed. New York: Foundation Press, 2012.

<sup>143</sup> ELLMANN, Stephen. Lawyers and Clients. In: *UCLA Law Review*, vol. 34, n. 3, 1987, p. 717-780.

<sup>144</sup> Para uma análise dessa dificuldade, no contexto das relações travadas no sistema de saúde, ver SCHUCK, Peter H. Rethinking Informed Consent. In: *Yale Law Journal*, vol. 103, n. 4, 1994, p. 899-960.

<sup>145</sup> NEEDHAM, Carol A. Advance Consent to Aggregate Settlements: Reflections on Attorneys' Fiduciary Obligations and Professional Responsibility Duties. In: *Loyola University Chicago Law Journal*, vol. 44, 2012, p. 511-531.

<sup>146</sup> Apontando problemas na relação entre cliente e advogado no contexto de agregações informais de processos, quando advogados distintos trabalham juntos em causas individuais que guardam algum tipo de semelhança ou relação entre si, ver ERICHSON, Howard M. Informal aggregation: procedural and ethical implications of coordination among counsel in related lawsuits. In: *Duke Law Journal*, vol. 50, n. 2, 2000, p. 381-471.

advogado que apresenta a petição inicial não será, necessariamente, aquele que conduzirá a ação, embora, na prática, usualmente o seja. Também não há autonomia para o estabelecimento de relação contratual entre o advogado e o representante da classe. São vedados, por exemplo, quaisquer acordos em que se preestabeleçam valores para os honorários advocatícios, os quais são definidos, ao final, pelo juízo (*Rule 23(h)*)<sup>147</sup>.

Apesar de se atribuir ao juiz intenso poder de supervisão sobre a atuação do advogado, não há normas de conduta ética profissional específicas para as ações coletivas<sup>148</sup>. Por essa razão, há polêmica até mesmo na definição de quem seria o cliente desse advogado, se o representante ou a classe como um todo. Para Moore, a classe deveria ser o cliente, considerada como uma entidade, em favor da qual atua o advogado. A autora recorda ser possível, inclusive, que o advogado apresente ao juiz um acordo em relação ao qual o representante discorde. Essa objeção deverá ser levada em conta, mas não é impeditiva da aprovação da avença<sup>149</sup>. A concepção da classe como entidade e cliente, todavia, não é pacífica nos Estados Unidos. Escrevendo mais de uma década depois de seu primeiro trabalho sobre o tema, Moore afirma que ainda não havia definição sobre quem seria o cliente do advogado em uma *class action*, se a classe considerada como uma entidade, se apenas o representante ou se todos os indivíduos que a compõem<sup>150</sup>. Há mesmo autores que defendem que não existe cliente. O advogado é quem atua também como representante e a única solução possível para evitar isso seria que a

<sup>147</sup> A seriedade dessa questão, nos Estados Unidos, é bem exemplificada pela condenação criminal de dois advogados, Melvyn I. Weiss e William S. Lerach a penas de 30 meses de prisão e US\$ 10 milhões em multas, para o primeiro, e 2 anos de prisão e US\$ 7,75 em multas para o segundo, por captação ilícita de clientela para o ajuizamento de ações coletivas, com a realização de pagamentos secretos aos representantes da classe, que compravam ações de uma variedade de empresas, apenas para serem habilitados ao ajuizamento das ações. A notícia da condenação está disponível em <[http://www.nytimes.com/2008/06/03/business/03legal.html?\\_r=0](http://www.nytimes.com/2008/06/03/business/03legal.html?_r=0)>. Acesso em 3.5.15.

<sup>148</sup> No mesmo sentido, observando que apesar das ações coletivas existirem, nos moldes atuais, há mais de meio século nos Estados Unidos, não há sequer uma norma ética que regule a comunicação entre os advogados e os membros da classe, THREADCRAFT, Joshua H. The Class Action Settlement: When the Good Can Become the Bad and the Ugly. In: *Journal of the Legal Profession*, Vol. 25, pp. 227-238.

<sup>149</sup> MOORE, Nancy J. Who should regulate class action lawyers? In: *University of Illinois Law Review*, vol. 2003, n. 5, 2003, p. 1477-1504.

<sup>150</sup> MOORE, Nancy J. Who Will Regulate Class Action Lawyers? In: *Loyola University Chicago Law Journal*, vol. 44, 2012, p. 577-590. A autora narra também o interessante problema de saber se a classe existe antes do ajuizamento da ação. A negativa dessa realidade foi utilizada como defesa por um advogado em um processo por violação ética.

classe se organizasse formalmente, como algum tipo de associação, para agir como um cliente no sentido mais tradicional<sup>151</sup>.

A dúvida sobre a natureza da classe e sua relação com o advogado tem potencial para refletir-se em diversas questões processuais. Se a classe é um conjunto de indivíduos, dependendo de como se conceba a extensão do direito constitucional de participar do processo<sup>152</sup>, seria possível afirmar que ele assiste a cada um de seus membros. Essa participação deveria incidir, inclusive, na própria escolha do advogado. Se todos os membros da classe são clientes, o advogado teria, em relação a todos eles, deveres de comunicação acerca do andamento do processo, de prestação de contas e mesmo de recebê-los pessoalmente, caso queiram discutir o caso. Em muitas situações, isso seria suficiente para inviabilizar-lhe o trabalho. Por outro lado, se a classe é vista como uma entidade, não haveria sentido em se permitir que seus integrantes se opusessem a um acordo com o qual os representantes da entidade já concordaram, como se admite nas audiências (*fairness hearings*) que devem anteceder a homologação judicial<sup>153</sup>.

Além dessa dificuldade instrumental, relativa à definição dos vínculos profissionais do advogado, existe séria preocupação com conflitos de interesses entre o advogado e a parte – seja considerando como cliente a classe ou apenas o representante – na perspectiva do resultado ótimo do litígio. Deborah Hensler *et al.* a explicam em detalhes, a partir de pesquisa empírica. Os advogados que atuam em favor dos autores em ações coletivas assumem os riscos financeiros do litígio, sendo remunerados pelo êxito<sup>154</sup>. Contudo, como a maioria absoluta das ações termina em acordo, o advogado pode ter interesse em fazer um acordo pior para a classe, mas que reduza o custo do litígio, potencializando, assim, sua margem de lucro. A

---

<sup>151</sup> BERGMAN, Paul. Class Action Lawyers: Fools for Clients. In: *American Journal of Trial Advocacy*, Vol. 4, n. 2, 1980, p. 243-276.

<sup>152</sup> Sobre esse debate, v. *supra*, Capítulo 3.

<sup>153</sup> LAHAV, Alexandra D. Two views of the class action. In: *Fordham Law Review*, vol. 79, 2001, p. 1939-1963.

<sup>154</sup> Para um estudo empírico sobre os valores atribuídos aos advogados nos acordos, ver EISENBERG, Theodore e MILLER, Geoffrey P. Attorney Fees and Expenses in Class Action Settlements: 1993-2008. In: *Journal of Empirical Legal Studies*, vol. 7, n. 2, 2010, p. 248-281 e também FITZPATRICK, Brian T. An Empirical Study of Class Action Settlements and Their Fee Awards. In: *Journal of Empirical Legal Studies*, vol. 7, n. 4, 2010, p. 811-846. O autor examinou 688 acordos firmados em cortes federais, nos anos de 2006 e 2007, totalizando US\$ 33 bilhões, dos quais US\$ 5 bilhões foram pagos aos advogados.

redução de custo pode decorrer da redução do tempo de tramitação, celebrando-se um acordo precoce, que diminui o número de horas dedicadas ao processo, ou da restrição à produção de provas, que são dispendiosas e também custeadas pelo advogado<sup>155</sup>.

O representante, por sua vez, pode não ter grande interesse, financeiro ou de qualquer outra ordem, na causa, o que o desestimulará a acompanhar de perto o andamento do litígio. Esse é um diferencial significativo entre ações individuais e ações coletivas. Em regra, um advogado não ganhará mais que o cliente em uma ação individual. Em uma *class action*, pelo contrário, o mais provável é que o advogado ganhe mais que cada um dos membros da classe e, possivelmente, mais que todos eles juntos. Basta recordar o caso *Greenberg v. Procter & Gamble Co.*<sup>156</sup>, em que o acordo firmado, embora não homologado judicialmente, previa US\$ 1.000,00 para cada representante por filho machucado pelas fraudas defeituosas, nenhuma compensação financeira para os ausentes, que seriam beneficiados apenas por mudanças na conduta da empresa, e US\$ 2,73 milhões para os advogados.

Nesse contexto, a doutrina estadunidense tem imputado ao juiz o papel de fiscal da regularidade dos acordos. Já que a maioria dos indivíduos está ausente do processo e o representante não tem razões para exercer essa atuação com rigor, deverá o juízo avaliar, precipuamente, se o acordo traz benefícios suficientes para a classe. Mas ele terá poucas ferramentas para fazer essa avaliação, afinal, estará jungido aos elementos apresentados pelas partes, ambas interessadas no acordo. Portanto, não será fácil descobrir qual é, como dizem Hensler *et al.*, o valor “real” dos direitos, para que seja confrontado com o valor do acordo e se descubra se ele é ou não vantajoso<sup>157</sup>.

É claro que o juiz pode e deve determinar a realização de audiências (*fairness hearings*) para a exposição pública dos termos do acordo e a notificação dos

---

<sup>155</sup> HENSLER, Deborah *et al.* *Class Action Dilemmas: Pursuing Public Goals for Private Gain*. Santa Monica: RAND, 2000, p. 79 e ss.

<sup>156</sup> *Greenberg v. Procter & Gamble Co.*, No. 11-4156 (6th Cir. Aug. 2, 2013).

<sup>157</sup> HENSLER, Deborah *et al.* *Class Action Dilemmas: Pursuing Public Goals for Private Gain*. Santa Monica: RAND, 2000, p. 79 e ss.

interessados ausentes, para que apresentem eventuais objeções. Henser *et al.* são, entretanto, céticos quanto a efetividade desses mecanismos. A participação dos membros da classe, ausentes no processo, é obstada pela mesma razão que dificulta a atuação do representante. É pouco provável que, tendo reduzido interesse financeiro pessoal, eles queiram investir tempo e, possivelmente, dinheiro, em tal atividade. Em segundo lugar, mesmo que os interesses financeiros sejam significativos, é improvável que essas pessoas tenham informação suficiente para avaliar o caráter vantajoso do acordo. Isso presumiria que elas pudessem determinar o valor que obteriam se o processo fosse julgado, ou, pelo menos, se a produção de provas fosse mais adiante, o que não é verdadeiro. Não basta uma simples comparação com o prejuízo material experimentado, uma vez que o valor passível de ser obtido em um processo não é função exata do valor do direito material, em razão, por exemplo, das limitações probatórias. Terceiro, as notificações dificilmente são específicas ao ponto de informar quanto cada membro da classe receberá com o acordo. Quarto, as audiências são realizadas em locais determinados, que podem não atender à dispersão geográfica da classe. Também não é incomum que as audiências sejam marcadas para dias úteis e horários de trabalho. Sylvia Lazos sugere que se poderia apontar um terceiro imparcial para acompanhar as negociações do acordo e substituir a atuação tanto do representante quanto dos demais integrantes da classe no papel de fiscalização da atuação do advogado, mas não há pesquisas empíricas que demonstrem a eficácia dessa proposta<sup>158</sup>.

Para Coffee Jr., haveria necessidade de se conceber a relação entre o advogado e a classe de modo totalmente diverso de uma relação advogado-cliente. Partindo da perspectiva econômica, ele defende que o sistema deve levar em conta que é o advogado quem suporta o risco do processo, portanto é inviável que se pretenda remunerá-lo como a um advogado em casos individuais, por hora de trabalho. Mais adequado seria estimular que o advogado ganhe tão mais quanto maior for o benefício para a classe, alinhando, assim, seus interesses. Para tanto, o autor propõe que o advogado seja remunerado com um percentual marginalmente crescente do valor recuperado, avaliado a partir do que receberia um advogado

---

<sup>158</sup> LAZOS, Sylvia R. Abuse in Plaintiff Class Action Settlements: The Need for a Guardian During Pretrial Settlement Negotiations. In: *Michigan Law Review*, vol. 84, 1985, p. 308-332.

contratado por um indivíduo em um caso de complexidade similar, ajustado para mais em razão da assunção do risco financeiro do processo. Mais importante do que comparar o ganho do advogado com o da classe é estimulá-lo a aceitar apenas acordos que garantam um nível ótimo de reparação<sup>159</sup>. A solução proposta por Richard Nagareda, para evitar que o advogado potencialize ganhos para os clientes presentes, em detrimento dos futuros integrantes da classe, que não têm possibilidade de fiscalizá-lo, é bastante similar, sugerindo que uma parte dos honorários seja retida e paga a longo prazo, de acordo com o desempenho do acordo para os integrantes da classe por ele alcançados posteriormente<sup>160</sup>. No mesmo sentido segue a percepção de Samuel Issacharoff, para quem a única solução realista para resguardar os interesses dos ausentes é prover incentivos adequados para que o advogado seja diligente em relação a eles. Nem o representante, via de regra, insuficientemente dotado de conhecimento técnico e com pouco interesse pessoal na lide, nem o juiz, cujo incentivo inequívoco é pela “limpeza dos escaninhos” e que não participa das tratativas negociais, podem fazer esse papel. A resposta, portanto, seria a vinculação dos ganhos do advogado aos da classe<sup>161</sup>.

Issacharoff faz referência a um episódio inusitado, que demonstra a pouca eficácia da supervisão judicial sobre o comportamento do advogado. Em *St. Louis Southwestern Ry. Co. v. Voluntary Purchasing Group*<sup>162</sup>, tratava-se de responsabilizar o réu, *Voluntary Purchasing Group*, pela liberação de diversos gases tóxicos no meio ambiente, inclusive arsênico e dioxina, causando prejuízos a mais de mil pessoas em diferentes partes do Texas. Quando a ação coletiva foi ajuizada, já pendiam pelo menos dezesseis processos individuais narrando os mesmos fatos.

<sup>159</sup> COFFEE JR., John C. Understanding the Plaintiff's Attorney: The Implications of Economic Theory for Private Enforcement of Law through Class and Derivative Actions. In: *Columbia Law Review*, Vol. 86, n. 4, 1986, p. 669-727.

<sup>160</sup> NAGAREDA, Richard A. *Mass torts in a world of settlement*. Chicago: The University of Chicago Press, 2007, cap. 11.

<sup>161</sup> ISSACHAROFF, Samuel. Class action conflicts. In: *U. C. Davis Law Review*, vol. 30, 1997, p. 805-833. Citação p. 829. No mesmo sentido, MACEY, Jonathan R. e MILLER, Geoffrey P. The Plaintiffs' Attorney's Role in Class Action and Derivative Litigation: Economic Analysis and Recommendations for Reform. In: *The Chicago University Law Review*, vol. 58, n. 1, 1991, p. 1-118; LEUBSDORF, John. The contingency factor in attorney fee awards. In: *The Yale Law Journal*, vol. 90, n. 3, 1981, p. 473-513; SILVER, Charles. Unloading the Lodestar: Toward a New Fee Award Procedure. In: *Texas Law Review*, vol. 70, n. 4, 1992, p. 865-970.

<sup>162</sup> 929 S.W.2d25 (Tex. CL App. 1996).



A *class action* pretendia abarcar todos eles, assim como os demais membros da classe, presentes e futuros. O curioso é que, segundo a narrativa dos fatos, a inicial da ação coletiva foi protocolizada às 11h29 do dia 21 de dezembro de 1995. No mesmo momento, foi apresentado pedido de certificação da classe. Às 11h34, do mesmo dia, o réu apresentou a contestação. Às 11h53 o juiz expediu a ordem de certificação da classe, constando da decisão que o fazia “depois de apresentação de sustentação oral pelas partes e apresentação de provas necessárias a sustentar seus argumentos”<sup>163</sup>.

A classe foi certificada sob a norma texana que seria o equivalente à *Rule 23 (b)(1)*, não havendo direito de *opt-out* e incidindo a dispensa de notificação aos integrantes do grupo quanto a certificação. Na própria decisão de certificação, o juiz também aprovou o acordo que foi submetido pelas partes e, aí sim, determinou a expedição de notificação, mas apenas para ouvir eventuais objeções quanto ao seu teor. Como diz Issacharoff, se o que se quer é eficiência, não há nada a reclamar. 24 minutos, do início ao fim. Em recurso, contudo, o Tribunal de Apelação do Texas considerou que o juízo abusou de sua discricionariedade ao instruir adequadamente o processo e não notificar os membros da classe para oportunizar-lhes o questionamento da certificação.

Alexandra Lahav propõe que a classe, no processo coletivo, seja vista pelo advogado como um fantasma. O advogado é quem define suas dimensões e seus objetivos no processo, com a supervisão do juízo. Ela é, em certa medida, uma criatura do advogado e ele imputará interesses a ela, ao longo do processo, do mesmo modo que o juiz, ao aceitar ou recusar uma determinada conduta sua, poderá imputar-lhe interesses distintos<sup>164</sup>. Esse é um exercício ambíguo. Se, por um

---

<sup>163</sup> “Plaintiffs (appellees) filed their original petition at 11:29 a.m., December 21, 1995, and filed a motion for class certification at 11:29 a.m. On that same date, VPG filed its answer at 11:34 a.m., and at 11:53 a.m. the class certification order signed by the trial judge was filed. In that order, the trial judge acknowledged the filing of the action and stated that:

The same having been duly considered by the Court after presentation of legal citation and oral argument by the parties hereto, and supported adequately, to the extent necessary, by evidence or referenced evidence, including the existence of a proposed class settlement, the Court finds that the requirements of TRCP Rule 42(a), (b)(1)(A), (b)(1)(B) have been met...” Em nota de rodapé, o tribunal anota que, apesar de haver referência à produção de provas, e sustentação oral, a secretaria do juízo recorrido produziu uma certidão, a pedido dos recorrentes, de que não houve audiência.

<sup>164</sup> LAHAV, Alexandra D. Two views of the class action. In: *Fordham Law Review*, vol. 79, 2001, p. 1939-1963. Na p. 1956, a autora afirma: “All class actions share a basic common element: the

lado, ele evita as muitas complexidades de se exigir que as pessoas ajuizassem ações individuais, permite que o advogado impute à classe uma vontade que ela efetivamente não tem<sup>165</sup>. Para Lahav, não há solução institucional. Os mecanismos possíveis para se evitar absurdos foram adotados pela *Rule 23*, mas, no fim, é necessário que se confie na virtude dos advogados, no sentido de que eles, voluntariamente, perseguirão o que é melhor para a classe e não apenas o que é melhor para si mesmos.

Finalmente, de acordo com o *ALI Principles on the Law of Aggregate Litigation*, o advogado, representando uma classe, tem o dever de patrocinar os objetivos comuns de todos os seus membros, o que inclui maximizar os valores disponíveis globalmente para a classe e para cada um dos indivíduos nela agregados, impedir a continuidade da conduta ilícita, obter a mais ampla remediação pela conduta ilícita pretérita, permitir que os indivíduos participem do processo, dando voz a suas queixas e facilitar a tutela futura de outras pessoas abarcadas pela solução obtida coletivamente<sup>166</sup>. Na prática, conforme se verifica, a conjugação de todos esses objetivos é consideravelmente mais complexa.

#### 4.3.4 Representatividade adequada

Nas ações coletivas norte-americanas, o representante e o advogado não são escolhidos pela classe. Exige-se que o representante tenha sofrido uma violação típica da experimentada pelos demais membros do grupo, mas muitas circunstâncias podem fazer com que sua lesão, apesar de típica, não seja tão grave para ele, subjetivamente, quanto é para os demais. O advogado não mantém com a classe uma relação tradicional cliente-advogado, havendo obscuridade na definição de seus deveres e a quem ele deve se reportar. É fácil notar que, vista da

---

interests of the class are imputed rather than ascertained, as no provision in the procedural law requires a lawyer to canvass the class and find out individual members' shared desires".

<sup>165</sup> Essa questão será melhor debatida quando se abordar a situação dos membros ausentes.

<sup>166</sup> THE AMERICAN LAW INSTITUTE. *Principles of the Law of Aggregate Litigation*. St. Paul: American Law Institute Publishers, 2010, § 1.04 The Internal Objectives of Aggregate Proceedings.

perspectiva de qualquer pessoa que não seja o advogado responsável ou, no máximo, o representante, há um profundo déficit democrático em uma ação coletiva, tendo em vista a compreensão contemporaneamente arraigada de que “ninguém, além do indivíduo, pode definir as circunstâncias que resultarão em seu bem estar”<sup>167</sup>. Isso transforma o requisito da adequação da representação (*Rule 23(a)(4)*) no cerne da estrutura representativa das *class actions* nos Estados Unidos<sup>168</sup>. “Uma limitação final na preclusão por representação requer que o representante detenha um nível mínimo de representação adequada”<sup>169</sup>.

O problema da representatividade adequada é ainda mais complexo nas ações do tipo (b)(1) e (b)(2), em que não haverá direito de *opt-out* e o ausente será vinculado ao resultado do julgamento, seja ele qual for. A lei presumiu, nesse caso, que não havia sentido em autorizar o *opt-out*, porque não há possibilidade de exercício do direito individual fora da ação coletiva. Em (b)(1)(B), o réu tem recursos limitados para pagar a todos os lesados, e se alguém optasse por não ser abrangido pela decisão, correria o risco de nada receber. Em (b)(1)(A) e (b)(2), o réu será obrigado a adotar conduta uniforme para toda a classe, como um novo procedimento de contratação de empregados, ou escolas não segregadas e, mais uma vez, não há possibilidade de que a conduta seja diferente para quem optar por ficar de fora<sup>170</sup>. Por outro lado, em uma ação do tipo (b)(3), ainda que a adequada representação seja desejável, se alguém estiver realmente insatisfeito, terá oportunidade de não se vincular ao acordo proposto e litigar individualmente<sup>171</sup>.

Caracterizar essa adequação, todavia, não é tarefa simples<sup>172</sup>. Na história do debate acerca das *class actions*, assim como na própria *Rule 23*, é recorrente a pressuposição, implícita ou explícita, acerca da unidade de interesses da classe.

---

<sup>167</sup> YEAZELL, Stephen. From group litigation to class action, part II: interest, class and representation. In: *UCLA Law Review*, vol. 27, 1980, p. 1067-1121, citação p. 1070.

<sup>168</sup> Afirma Richard Nagareda: “The concept of adequate representation lies at the core of contemporary debate over the class action”. NAGAREDA, Richard. Administering adequacy in class representation. In: *Texas Law Review*, vol. 82, 2003, p. 287-380. Citação p. 288.

<sup>169</sup> WRIGHT, Charles A.; MILLER, Arthur R.; COOPER, Edward H. *Federal Practice and Procedure*. 3. ed. vol. 18A. Danvers: Thomson West, 2005, p. 444.

<sup>170</sup> Cabe recordar que as ações do tipo (b)(1) são pouco utilizadas na prática.

<sup>171</sup> O direito de *opt-out* será tratado separadamente na sequência.

<sup>172</sup> A ordenação da exposição que se segue é baseada em NOTE. Developments in the Law: Class Actions. In: *Harvard Law Review*, vol. 89, n. 7, 1976, p. 1318-1644.

Ainda no período da *Equity*, no século XIX, encontram-se inúmeras referências no sentido de que a classe é uma comunidade de interesses e que essa condição é essencial para que o processo seja conduzido. Frederic Calvert aponta inúmeras situações em que os tribunais de *Equity* rejeitaram ações coletivas exatamente pela inexistência dessa comunidade de interesses entre os membros da classe envolvida<sup>173</sup>. Entretanto, nos séculos XVIII e XIX, o termo “interesse” não se referia a um conjunto de objetivos ou preferências em comum, mas a um relacionamento jurídico prévio, que agregava direitos materiais das partes ou fazia com que o direito de uma pudesse ser considerado exemplificativo do direito da outra<sup>174</sup>. Logo, não se questionava a adequação da representação, porque esse problema era resolvido pelo direito material subjacente ao grupo<sup>175</sup>, da mesma forma que, em um litígio empresarial, não se questiona se o administrador representa adequadamente uma sociedade comercial, eis que os limites de sua atuação e de sua relação com os demais sócios são regulados pelo direito material.

Ainda em 1938, Chester McLaughlin já considerava inviável abordar os processos representativos a partir de uma ideia de comunidade de interesses<sup>176</sup>. Por essa razão, ao longo do século XX, a expressão viria a adquirir conotação mais ampla, no sentido de que o interesse representado se refere a uma identidade de objetivos ou de preferências. Essa identidade não é determinada pela verificação da vontade dos membros da classe, mas por sua homogeneidade. Estando todos em situação idêntica ou muito parecida, reduz-se a possibilidade de que a representação venha a

---

<sup>173</sup> CALVERT, Frederic. *Parties to suit in equity*. Philadelphia: John S. Littell, 1837: “The suit was filed to obtain the same object for a large number of holders of distinct pieces of property; in other words, to obtain many objects, in only one of which every holder was interested. The inference to be deduced from the case is, that they must have not merely several interests in several objects of the suit, but one common interest in all its different objects. Many instances may be given, in which this distinction is adhered to. A mortgagee has no common interest with the creditors at large, and therefore cannot sue on their behalf. (...) In conformity with the authorities which have been quoted, it may be stated as a further explanation of the general rule, that “when a large number of persons have a common interest in the entire object of a suit in its nature beneficial to them all, one or more of them may sue on behalf of all.” (p. 23-25).

<sup>174</sup> BONE, Robert. Personal and Impersonal Litigative Forms: Reconceiving the History of Adjudicative Representation. In: *Boston University Law Review*, vol. 70, n. 2, 1990, p. 213-310: “Interest” instead denoted formal relationships among pre-existing rights and duties that made all such rights and duties part of the same legal dispute warranting a single remedy”. Citação p. 247.

<sup>175</sup> YEAZELL, Stephen C. *From medieval group litigation to the modern class action*. New Haven: Yale University Press, 1987.

<sup>176</sup> MCLAUGHLIN, Chester. The mystery of the representative suit. In: *Georgetown Law Journal*, vol. 26, n. 4, 1938, pp. 878-904.

se tornar inadequada, favorecendo a um ou outro ponto de vista entre os membros. A uniformidade dos interesses reduz o impacto de retirar de alguns dos titulares do direito a participação pessoal no litígio. Ao desvincular o interesse das pessoas de suas vontades, se alinha a representação ao requisito de existência de questões comuns entre os membros da classe, previsto na *Rule 23* (a)(2). Embora pareça atraente, essa ideia é satisfatória apenas para casos simples. Em casos complexos, a homogeneidade de posições entre os membros da classe dificilmente será verificada, conforme já se demonstrou nos capítulos anteriores.

Outra possibilidade para justificar a representação seria alguma espécie de consenso. Ao invés de se partir do pressuposto de que a classe é um tipo de entidade, aceita-se que ela é composta de indivíduos e é o consenso entre eles que legitima a representação. Isso justifica, por exemplo, a exigência de que todos os membros devam ser pessoalmente cientificados nas ações do tipo (b)(3). Essa explicação também é pouco satisfatória, dado que, conforme já exposto, a maioria das decisões nas ações coletivas é tomada sem a consulta e, muito menos, o consenso da classe. A oportunidade de se excluir totalmente de um processo ou de um acordo instaura um dualismo de posicionamento – participante/não participante – que, por si só, não justifica que aqueles que aceitam pertencer à classe estejam completamente excluídos de opinar sobre os rumos da demanda. Além disso, não existe direito de *opt out* nas ações do tipo (b)(1) e (b)(2) e, segundo Yeazell, na ação de tipo (b)(2) é que se poderia esperar um dissenso de opiniões mais agudo entre os membros da classe<sup>177</sup>.

A terceira hipótese seria justificar as ações coletivas pelo resultado. Elas são legítimas não em razão da representação, mas apesar dela. Ao permitir que determinadas causas, que não chegariam ao Poder Judiciário, sejam apreciadas, bem como contribuir para que o juiz tenha noção mais ampla do litígio como um todo, para além dos processos individuais, as ações coletivas aumentam a possibilidade de que o indivíduo, mesmo ausente, obtenha tutela de direitos que, na ausência do instrumento, permaneceriam não vindicados<sup>178</sup>. Em outros termos, para

---

<sup>177</sup> YEAZELL, Stephen C. *From medieval group litigation to the modern class action*. New Haven: Yale University Press, 1987, p. 252.

<sup>178</sup> Nesse sentido, NOTE. Developments in the Law: Class Actions. In: *Harvard Law Review*, vol. 89, n. 7, 1976, p. 1353.

essa posição, a representação não é um veículo de legitimação do processo coletivo. É apenas um instrumento pragmaticamente necessário para gerar resultados favoráveis aos integrantes de determinado grupo, os quais não seriam passíveis de obtenção individual.

Essa questão teórica permanece, até hoje, sem resposta satisfatória. Pragmaticamente, há perceptível relação entre a representatividade adequada e a própria definição da classe. Como a classe não existe em si, a partir de um vínculo preexistente, mas apenas da perspectiva do litígio, mesmo que ainda não ajuizado, é o representante quem afirma sua delimitação e, com isso, se afirma capaz de atuar em seu nome adequadamente. Mas não existe, propriamente, um acordo sobre o que faça de alguém um representante adequado ou como isso deve ser verificado pelo juiz<sup>179</sup>. As ações coletivas teriam o curioso efeito de fazer com que alguém seja parte em um processo, quando ele é observado da perspectiva do resultado, mas ao mesmo tempo não o seja, quando se enfoca apenas seu andamento, a participação e a possibilidade de controle das decisões relevantes ao longo da tramitação<sup>180</sup>.

#### 4.3.4.1 A adequação da representação na jurisprudência americana

Na jurisprudência americana do século XX, o primeiro julgado paradigmático sobre essa questão é *Hansberry v. Lee*, no qual a Suprema Corte tratava da imposição, a uma compra-e-venda de imóveis, da coisa julgada de uma ação coletiva anterior, que definira a validade de uma norma convencionada entre os proprietários locais, a qual proibia a venda de imóveis, naquela localidade, a pessoas negras. Ocorre que, na ação coletiva, a classe era composta de pessoas que tinham interesse na manutenção da cláusula e, em *Hansberry*, o interesse dos autores era a sua anulação. Assim, a Corte não teve dificuldades para concluir que se alguém tem

---

<sup>179</sup> NAGAREDA, Richard A. Administering adequacy in class representation. In: *Texas Law Review*, vol 82, 2003, p. 287-380.

<sup>180</sup> ISSACHAROFF, Samuel. Governance and legitimacy in the law of class actions. In: *The Supreme Court Review*, 1999, p. 337-392.

interesses contrapostos aos de uma classe, ele não pode ser considerado como adequadamente representado por aqueles que agem em nome desta e, logo, não está vinculado ao resultado do processo pretérito<sup>181</sup>. Assim, classe, alinhamento de interesses e adequação da representação são conceitos entrelaçados, de maneira que a existência de conflitos de interesse, tanto entre os membros da classe, quanto entre eles e o representante, é um forte indicativo de que a representação é inadequada<sup>182</sup>. Os autores que defendem que a classe é uma entidade, e não apenas um grupo de indivíduos, adotam concepção similar, ao sustentar a relação entre a sua existência e a possibilidade de determinada questão ser reputada como passível de tratamento coletivo. Mesmo que as diferenças entre os membros da classe sejam conciliáveis, levando à formação de subclasses, Shapiro entende que cada uma delas será uma entidade distinta<sup>183</sup>. A pretensão é constitutiva da classe e, por consequência, essencial para avaliação da adequação da representação.

Na prática, todavia, avaliar a representatividade adequada como ausência de conflito de interesses acarreta dificuldades. Ao agrupar indivíduos com queixas similares, a ação coletiva busca ganhos de escala em resolutividade, evitando os prejuízos sistêmicos e individuais da repetição de demandas. Mas o custo dessa operação é a homogeneização de queixas, que necessariamente ignora, em alguma medida, diferenças entre elas. O representante dificilmente será adequado, em igual medida, para as pretensões de todos os membros da classe e quanto maiores as suas dimensões, maiores tenderão a ser as disparidades<sup>184</sup>. *Hansberry* era, em verdade,

---

<sup>181</sup> 311 U.S. 32 (1940): "It is plain that, in such circumstances, all those alleged to be bound by the agreement would not constitute a single class in any litigation brought to enforce it. Those who sought to secure its benefits by enforcing it could not be said to be in the same class with or represent those whose interest was in resisting performance, for the agreement, by its terms, imposes obligations and confers rights on the owner of each plot of land who signs it. If those who thus seek to secure the benefits of the agreement were rightly regarded by the state Supreme Court as constituting a class, it is evident that those signers or their successors who are interested in challenging the validity of the agreement and resisting its performance are not of the same class in the sense that their interests are identical, so that any group who had elected to enforce rights conferred by the agreement could be said to be acting in the interest of any others who were free to deny its obligation".

<sup>182</sup> NOTE. The Importance of Being Adequate: Due Process Requirements in Class Actions Under Federal Rule 23. In: *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 123, n. 5, 1975, p. 1217-1262.

<sup>183</sup> SHAPIRO, David L. Class actions: the class as party and client. In: *Notre Dame Law Review*, vol. 73, n. 4, p. 913-961.

<sup>184</sup> "In a nationwide class action, the legal strength of the claims of individual class members will vary with a myriad of facts, including location (whether the individual class member resides in a jurisdiction whose prevailing law gives the class member relatively strong or relatively weak legal rights), time (whether the class member is potentially subject to statute of limitations defenses), severity of injury,

um caso fácil, porque o desalinhamento de interesses era evidente, dada a total oposição entre a classe e aqueles que pretendiam se desvincular do julgamento. A questão difícil é saber a partir de que ponto conflitos de graus menores passarão a comprometer a qualidade da representação<sup>185</sup>.

Dessa digressão é possível extrair que o primeiro elemento de uma representação adequada, para a jurisprudência norte-americana, é o alinhamento de interesses entre os membros da classe que titulariza o direito material objeto da pretensão. Esse alinhamento se verifica pela ausência de conflitos graves, tanto entre os membros da classe, quanto entre eles e o representante, que deve ostentar uma lesão típica da sofrida pelos demais. Entretanto, é forte a noção de que, para além desses requisitos, a adequação da representação é avaliada também – e talvez principalmente<sup>186</sup> – em relação ao advogado da classe<sup>187</sup>, como afirma, por exemplo, Edward Cooper: “a adequação da representação é medida primeira e principalmente pela adequação do advogado”<sup>188</sup>. Ou, como diz Issacharoff, quando as normas direcionam as cortes a focar as partes nomeadas, “elas proporcionam, na melhor das hipóteses, uma distração para o que é a real fonte de legitimidade nas *class actions*: os incentivos para uma representação fiel pelo advogado”<sup>189</sup>. A busca de elementos de representação adequada na pessoas do representante poderá ocorrer, com alguma dificuldade, em demandas muito específicas, relativas a direitos que têm mais apelo pessoal, como as relacionadas a direitos da personalidade, nas quais o autor é, usualmente, um verdadeiro exemplo do que aconteceu com a

---

reliance, vulnerability to special defenses, or eligibility for punitive damages. Clearest of all is the line between present and future claimants (i.e., between those who have a currently compensable injury versus those with only the possibility of an injury in the future)”. COFFEE JR., John C. Conflicts, Consent and Allocation after Amchem Products--Or Why Attorneys Still Need Consent to Give Away Their Clients' Money. In: *Virginia Law Review*, vol. 84, n. 8, 1998, p. 1541-1560.

<sup>185</sup> SILVER, Charles e BAKER, Lynn. I cut, you choose: the role of plaintiffs' counsel in allocating settlement proceeds. In: *Virginia Law Review*, vol. 89, 1998, p. 1465-1540.

<sup>186</sup> Apesar disso, o *Manual for complex litigation* se mantém fiel à literalidade da norma, afirmando que “The named plaintiffs must show that the proposed action will fairly and adequately protect the interests of the class”. FEDERAL JUDICIAL CENTER. *Manual for complex litigation*. 4<sup>th</sup> ed. Disponível em <<https://public.resource.org/scribd/8763868.pdf>>. Citação p. 258.

<sup>187</sup> SHAPIRO, David L. Class actions: the class as party and client. In: *Notre Dame Law Review*, vol. 73, n. 4, p. 913-961.

<sup>188</sup> COOPER, Edward H. The (cloudy) future of class actions. In: *Arizona Law Review*, vol. 40, 1998, p. 923-963, citação p. 927.

<sup>189</sup> ISSACHAROFF, Samuel. Governance and legitimacy in the law of class actions. In: *The Supreme Court Review*, 1999, p. 337-392. Citação p. 354.



classe. Isso ocorreu em *Jenson v. Eveleth Taconite Co.*<sup>190</sup>, que transformou Louis Jenson em um símbolo da luta contra o assédio sexual<sup>191</sup>. Fora isso, é comum que, chamado a depor, o representante nada saiba sobre o caso, até em razão de sua usual complexidade<sup>192</sup>. Assim, embora se cogite, teoricamente e em algumas decisões judiciais<sup>193</sup>, que o representante, para ser adequado, deve ter conhecimento da causa e competência para atuar no processo, controle sobre a atuação do advogado e conduta processual compatível com deveres de lealdade para com a classe, essas características raramente são verificadas em termos empíricos<sup>194</sup>.

A *Rule 23* contribuiu pouco para atenuar essas dificuldades, ao não definir com exatidão como devem ser avaliados os elementos da representatividade adequada. Em relação especificamente aos predicados do advogado da classe, é possível aplicar por analogia o item (g) da norma, com redação dada em 2003. Literalmente, ele se refere apenas aos requisitos que o juiz deve levar em conta para apontar o advogado da classe após a certificação<sup>195</sup>. Essa indicação, desde a década de 1990, desperta polêmica, em razão da iniciativa do juiz Vaughn Walker, que implementou uma licitação para selecionar, dentre os advogados que fossem considerados

<sup>190</sup> 130 F.3d 1287 (8th Cir. 1997).

<sup>191</sup> A dificuldade de uma ação coletiva contra assédio sexual, é separar a individualidade das condutas geradoras de diferentes condutas individuais de assédio, de uma avaliação do ambiente de trabalho, que poderia ser considerado uma questão comum, para fins de *class action*. Esse aspecto é discutido em O'BRIEN, Marcy. *Jenson v. Eveleth Taconite Co.: A Legal Standard for Class Action Sexual Harassment*. In: *Journal of Corporation Law*, vol. 19, n. 2, 1994, pp. 417-436. Foi esse o problema que levou a Suprema Corte a negar a certificação da classe em *Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes*, et al., 564 U.S. 277 (2011). Sobre o caso Jensen, ver BINGHAM, Clara; GANSLER, Laura. *Class Action: The Landmark Case that Changed Sexual Harassment Law*. New York: Anchor Bookes, 2003. O premiado filme *North Country*, de 2005, é também baseado no caso.

<sup>192</sup> COOPER, Edward H. The (cloudy) future of class actions. In: *Arizona Law Review*, vol. 40, 1998, p. 927.

<sup>193</sup> Esses fatores estão enumerados em *Weil v. Long Island Sav. Bank*, 200 F.R.D. 164, 171 (E.D.N.Y. 2001).

<sup>194</sup> Robert Klonoff confirma isso empiricamente, ao verificar que, em um universo de 763 casos, ao longo de dez anos, nas cortes federais americanas, em apenas 18 a representação foi considerada inadequada por falta de conhecimento ou incompetência do representante, em 4 por falta de controle sobre o advogado e em outros 4 por algum tipo de violação ética. É certo, todavia, que o autor considera isso um problema. KLONOFF, Robert H. The Judiciary's Flawed Application of Rule 23's Adequacy of Representation Requirement. In: *Michigan State Law Review*, vol. 2004, n. 3, 2004, p. 671-702. Os dados referidos estão na p. 682.

<sup>195</sup> Teoricamente, essa modificação favorece a ideia de que a classe é uma entidade distinta do representante, já que distingue o advogado do representante, que é o que ajuíza a ação, do advogado da classe (class counsel), que assume após a certificação, por nomeação do juiz.

capacitados, os que oferecessem menores valores de honorários, não havendo obrigatoriedade de que seja o mesmo que apresentou a petição inicial<sup>196</sup>. Há, dúvidas, entretanto, em relação à qualidade dos resultados que essa prática proporciona para a classe<sup>197</sup>. Problemas à parte, a *Rule 23* (g) instrui o juiz a observar, em relação ao advogado: obrigatoriamente, o trabalho realizado na identificação e investigação do litígio que ensejou a propositura da ação, sua experiência em lidar com ações coletivas ou outras demandas complexas, seu conhecimento acerca da legislação e os recursos financeiros que aplicará na defesa da classe; facultativamente, outras matérias pertinentes à habilidade do advogado de representar os interesses da classe. O juiz pode ainda estabelecer quaisquer exigências que julgar pertinentes ao indicar o advogado, inclusive relativas aos parâmetros da propostas de honorários e despesas<sup>198</sup>.

Logo, o texto da *Rule 23* se preocupa especialmente com o aspecto financeiro da representação e com as credenciais pessoais do advogado, tais como a experiência e o conhecimento da matéria, fatores que permitirão que ele “defenda vigorosamente” os interesses da classe, expressão rotineiramente referida pela jurisprudência<sup>199</sup>. Hensler *et al.* relatam uma situação em que o juiz entendeu que o advogado da classe não tinha experiência suficiente em litígios sobre valores mobiliários e concedeu prazo para que ele se associasse a outro escritório com tal expertise, antes de decidir a certificação. Em outras situação, o advogado foi levado

<sup>196</sup> O caso pioneiro dessa prática foi *In re Oracle Sec. Litig.*, 131 F.R.D.688, 697 (N.D. Cal. 1990). Nos anos 2000, sua adoção por Lewis Kaplan, em casos relativos a violações de concorrência, recebeu muita atenção doutrinária. Ver *In re Auction Houses Antitrust Litig.*, 197 F.R.D. 71, 85 (S.D.N.Y.2000).

<sup>197</sup> Por exemplo, FISH, Jill E. Lawyers on the Auction Block: Evaluating the Selection of Class Counsel by Auction. In: *Columbia Law Review*, vol. 102, n. 3, 2002, p. 650-728. BEBCHUCK, Lucian Arye. The Questionable case for Auctioning Counsel Positions in Securities Class Actions. In: *Washington University Law Quarterly*, vol. 80, p. 889-899. Para um estudo empírico das licitações, com entrevistas com sete juízes que adotaram a prática, ver HOOPER, Laurel L. e LEARY Mary. *Auctioning the Role of Class Counsel in Class Action Cases: a Descriptive Study*. Federal Judicial Center, 2001.

<sup>198</sup> Robert Klonoff sugere a aplicação da *Rule 23* (g), nos mesmos termos defendidos no texto, em KLONOFF, Robert H. The Judiciary's Flawed Application of Rule 23's Adequacy of Representation Requirement. In: *Michigan State Law Review*, vol. 2004, n. 3, 2004, p. 700.

<sup>199</sup> CONTE, Alba e NEWBERG, Herbert. *Newberg on class actions*. 5th ed. Danvers: Thomson West, 2013, § 3:54: “Some courts refer to this inquiry as examining whether the proposed representative has the proper “motivation” or “desire” to “vigorously pursue” the interests of absent class members.

include the proposed representative's knowledge of the case, interest in and enthusiasm for the litigation and for representing the class, her willingness to respond to interrogatories and depositions, and her understanding of the role and duties of a class representative”.

a explicitar, perante o juízo, o valor que tinha disponível para investir no litígio<sup>200</sup>. Além disso, o *Manual for Complex Litigation* acrescenta que deve ser demonstrado que o advogado não tem interesses conflitantes com os da classe e que está disposto a litigar vigorosamente a causa<sup>201</sup>. O manual afirma que, embora esse último seja um conceito bastante abstrato, havendo boa-fé das partes, o juiz tem razoável expectativa de contar com o réu para apontar defeitos na representação, uma vez que o transcurso do litígio com representação inadequada poderá lhe acarretar custos desnecessários. Há autores menos otimistas, que entendem que o réu dificilmente terá interesse em expor irregularidades na representação, porque isso levaria, possivelmente, à subdivisão da classe e indicação de outro advogado, o que dificulta as negociações de um acordo e aumenta o seu valor<sup>202</sup>.

O *ALI Principles on the Law of Aggregate Litigation*, em sentido similar, define que sempre que o controle dos rumos do processo, pelos titulares do direito, é limitado, o juiz deve tomar providências para assegurar que a representação seja adequada. Para tanto, sugere que se atribua a condição de representante a quem tem mais interesses em jogo, mas reforçando que o advogado atua em nome de todos os envolvidos, inclusive dos ausentes. É dever do advogado desobedecer às orientações do representante que, em seu juízo profissional, conflitem com os interesses dos demais membros da classe. Reconhece-se, ainda, a possibilidade de que o advogado, em caso de sucesso, tenha que participar das decisões de alocação do resultado do processo, distribuindo-o entre pessoas que têm interesses conflitantes<sup>203</sup>. Por essa razão, o juiz deve apontar um advogado competente, utilizar

---

<sup>200</sup> HENSLER, Deborah *et al.* *Class Action Dilemmas: Pursuing Public Goals for Private Gain*. Santa Monica: RAND, 2000, p. 179.

<sup>201</sup> FEDERAL JUDICIAL CENTER. *Manual for complex litigation*. 4<sup>th</sup> ed. Disponível em <<https://public.resource.org/scribd/8763868.pdf>>. Citação p. 258.

<sup>202</sup> RHODE, Deborah L. Class Conflicts in Class Actions. In: *Stanford Law Review*, vol. 34, n. 6, 1982, p. 1183-1262.

<sup>203</sup> THE AMERICAN LAW INSTITUTE. *Principles of the Law of Aggregate Litigation*. St. Paul: American Law Institute Publishers, 2010, § 1.05 Ensuring Adequate Representation. O comentário ao texto explica: "Fiduciary duties. Being agents at common law, lawyers owe clients fiduciary duties and act subject to their control. One consequence of this is that a lawyer cannot help one client by harming another. Another consequence is that a lawyer may not disregard a client's instruction and continue representing the client.

Aggregate representations strain the fiduciary duty and the duty to obey. A lead lawyer must act for the benefit of all parties and represented persons, including those who are not individual clients with whom the lawyer has a direct contractual relationship. A lead lawyer may also have to disobey an instruction from a signed client that, in the lawyer's professional judgment, conflicts with the best

incentivos financeiros para estimular uma boa performance, determinar notificações e outros tipos de comunicação com a classe, permitir *opt-outs* e empregar técnicas de gerenciamento do processo que minorem os conflitos, tais como a cisão, coordenação, consolidação ou divisão do feito.

Há, portanto, duas questões centrais a serem respondidas para se verificar a adequação da representação, a coerência da classe e a competência do advogado. A primeira se refere aos conflitos. É preciso que não existam conflitos de interesses significativos entre os membros da classe, ainda que, conforme mencionado, algum grau de conflito seja inevitável<sup>204</sup>. Também não pode haver conflito entre a classe e seus representantes ou advogados, sendo que o foco da análise aqui está mais sobre o advogado do que sobre o representante. A verificação não deve ser dirigida à busca de boas intenções, mas aos estímulos presentes no contexto. É claro que importa se o representante e o advogado têm a sincera intenção de defender, da melhor forma possível, o interesse da classe, ou seja, se não são “indiferentes” a ela<sup>205</sup>. Todavia, mais importante é determinar se os fatos que cercam a representação dão ao advogado e ao representante estímulos racionais para buscar o que é melhor para a classe porque, ao fazê-lo, também estarão buscando o que é melhor para si. O segundo viés de análise é o da efetividade, que indaga se o advogado é suficientemente competente, experiente, talentoso, probo e financeiramente capaz de conduzir o processo do início ao fim. Assim, analisado como um todo, o conceito de adequação da representação é composto de elementos estáticos e dinâmicos. Grandes escritórios, especializados em ações coletivas, com histórico de vitórias, reúnem características potenciais para representar adequadamente uma classe, mas apenas a análise de sua relação com a classe poderá levar à conclusão de que sua representatividade é ou não adequada naquele caso.

---

interests of the group. In a successful case, a lead lawyer may have to help fashion a plan for allocating the proceeds of a settlement among persons with conflicting interests”.

<sup>204</sup> COFFEE JR, John C. When Smoke Gets in Your Eyes: Myth and Reality about the Synthesis of Private Counsel and Public Client. In: *DePaul Law Review*, vol. 51, n. 2, 2002, p. 241-252, afirma que, em litígios coletivos, conflitos de interesse são tão inevitáveis como a morte ou os impostos. Nesse artigo, especificamente, o autor analisa os conflitos de interesses que derivam da contratação de advogados privados pelo poder público, para conduzir as grandes demandas coletivas relacionadas aos custos médicos do tabaco.

<sup>205</sup> TIDMARSH, Jay. Rethinking adequacy of representation. In: *Texas Law Review*, vol. 87, 2009, p. 1137-1203.

O momento em que a certificação deve ser realizada também influencia a forma como os requisitos representativos podem ser avaliados. A *Rule 23 (c)(1)* determina que o juiz decida a certificação da classe o mais cedo possível, o que significa, assim que tiver informações disponíveis para saber se a classe atende aos ditames contidos na mesma norma, em (a) e (b). Disso não decorre que a certificação esteja vinculada à análise apenas do que seria equivalente à petição inicial e à contestação. O juiz poderá conduzir produção de provas (*discovery*) antes da decisão. Como quase todos os processos terminam em acordo, a certificação se torna a decisão de mérito mais importante e, por isso, a produção de provas antes dela costuma ser intensiva e consumir um razoável período de tempo<sup>206</sup>.

Outra dúvida ainda não completamente resolvida é a possibilidade do juiz levar em consideração elementos do mérito da ação quando decide a certificação. Em *Rhone-Poulenc*<sup>207</sup>, o 7º Circuito de Apelações deixou de certificar a classe por constatar que, em processos individuais anteriores, a causa de pedir exposta pela classe havia sido derrotada em doze de treze ocasiões. Isso tornaria improvável que a classe tivesse uma queixa meritória e, por isso, eventual certificação serviria apenas para pressionar o réu a fazer um acordo indevido<sup>208</sup>. Mas essa não é a orientação dominante. Em *Eisen v. Carlisle & Jacquelin*<sup>209</sup> a Suprema Corte negou ao juiz a discrição para dar efeitos jurídicos ao seu prognóstico de sucesso do ação, no caso, para inverter a responsabilidade pelos custos de notificação. Em *Ortiz v. Fibreboard*

<sup>206</sup> FEDERAL JUDICIAL CENTER. *Manual for complex litigation*. 4<sup>th</sup> ed. Disponível em <<https://public.resource.org/scribd/8763868.pdf>>. Citação p. 253.

<sup>207</sup> *In the Matter of Rhone-Poulenc Rorer Inc* 51 F.3d 1293 (7<sup>th</sup> Cir. 1995).

<sup>208</sup> O raciocínio é o seguinte: "Three hundred is not a trivial number of lawsuits. The potential damages in each one are great. But the defendants have won twelve of the first thirteen, and, if this is a representative sample, they are likely to win most of the remaining ones as well. Perhaps in the end, if class-action treatment is denied (it has been denied in all the other hemophiliac HIV suits in which class certification has been sought), they will be compelled to pay damages in only 25 cases, involving a potential liability of perhaps no more than \$125 million altogether. These are guesses, of course, but they are at once conservative and usable for the limited purpose of comparing the situation that will face the defendants if the class certification stands. All of a sudden they will face thousands of plaintiffs. (...)

Suppose that 5,000 of the potential class members are not yet barred by the statute of limitations. And suppose the named plaintiffs in Wadleigh win the class portion of this case to the extent of establishing the defendants' liability under either of the two negligence theories. It is true that this would only be prima facie liability, that the defendants would have various defenses. But they could not be confident that the defenses would prevail. They might, therefore, easily be facing \$25 billion in potential liability (conceivably more), and with it bankruptcy. They may not wish to roll these dice. That is putting it mildly. They will be under intense pressure to settle".

<sup>209</sup> 417 U.S. 156 (1974).

*Corp.*<sup>210</sup>, a mesma Suprema Corte inadmitiu que os requisitos de certificação fossem substituídos por uma avaliação da qualidade do acordo celebrado.

O significado dessa divergência é percebido de modo distinto pelos autores. Issacharoff afirma que os tribunais têm entendido que os requisitos da *Rule 23(a)* não são difíceis de ser alcançados<sup>211</sup>. São os dois requisitos específicos de (b)(3) que decidem a sorte da maioria das *class actions* e é problemático avaliá-los de modo divorciado do mérito da ação. Como os fatos de *Ortiz* são muito específicos, a percepção do autor é a de que eles não reforçam o entendimento manifestado em *Eisen*, cujas razões estariam se enfraquecendo com o tempo<sup>212</sup>: “deixando de lado o mérito da decisão do juiz Posner em *Rhone-Poulenc*, é inevitável que os tribunais reconheçam que a certificação em casos complexos requer alguma investigação do mérito do pedido”<sup>213</sup>.

Por outro lado, Tidmarsh entende que o dissenso expõe uma incoerência jurisprudencial. Em *Hansberry*, a Suprema Corte considerou que a adequação da representação integra a garantia do devido processo legal, constitucionalizando o requisito que havia sido recém introduzido na *Rule 23*, em 1937<sup>214</sup>. Na década de 1970, em *Mathews v. Eldridge*<sup>215</sup>, decisão já analisada no capítulo anterior, a Corte estabeleceu uma análise do devido processo legal eminentemente consequencialista, preocupada em sopesar os custos da adoção de determinadas práticas com os possíveis benefícios dela advindos. Essa visão consequencialista é a que orienta, até hoje, as análises da corte em relação ao devido processo legal

---

<sup>210</sup> 527 U.S. 815 (1999).

<sup>211</sup> ISSACHAROFF, Samuel. Administering Damage Awards in Mass-Tort Litigation. In: *Review of Litigation*, vol. 10, n. 2, 1991, p. 463-494.

<sup>212</sup> ISSACHAROFF, Samuel. Class action conflicts. In: *U. C. Davis Law Review*, vol. 30, 1997, p. 825: “That departure from Eisen is increasingly common in light of the types of cases that are coming to the courts as putative class actions. As set forth in Rule 23, the primary filter for class actions was the Rule 23(a) prerequisites for the maintenance of a class action. In the modern class action, however, these are rarely a significant issue. There is almost always numerosity, there are inevitably common questions of law or fact, the typicality of the named plaintiffs is either presumed or not an issue,” and, in light of the tremendous investment required to prosecute a large-scale class action, there is rarely a challenge to the adequacy of representation except in those cases in which rival groups of plaintiffs’ lawyers are jockeying for control of the case”.

<sup>213</sup> *Idem*, p. 827.

<sup>214</sup> Para um comentário contemporâneo, ver HOPKINSON, Daniel C. The New Federal Rules of Procedure as Compared with the Former Federal Equity Rules and the Wisconsin Code. In: *Marquette Law Review*, vol. 23, n. 4, 1939, p. 159-191.

<sup>215</sup> 424 U.S. 319 (1976).

processual<sup>216</sup>, mesmo em situações mais graves e sob muitas críticas<sup>217</sup>. Entretanto, por alguma razão não explicitamente justificada, essa lógica não foi adotada quando se trata de representatividade adequada em ações coletivas. Em *Amchem*<sup>218</sup>, a Suprema Corte asseverou que o acordo celebrado tinha potencial para resolver uma série de problemas decorrentes das infundáveis ações relativas à contaminação por amianto, mas, mesmo assim, o rejeitou por inadequação da representação, sem fazer qualquer balanceamento entre esse defeito e os benefícios reconhecidos. Assim, para a Corte, mesmo que a adequação da representação seja um elemento do devido processo legal, ela é analisada de modo não-consequencialista, diferentemente das demais situações em que essa garantia constitucional está em jogo. Um bom acordo, ao que parece, não é suficiente para apagar uma representação inadequada<sup>219</sup>.

Já nos anos 2000, a Suprema Corte se deparou com a questão da representatividade adequada em *Dow Chemical Co. v. Stephenson*<sup>220</sup>, caso relacionado aos veteranos da guerra do Vietnã expostos ao *agent orange*. Conforme já mencionado, em 1984, foi firmado um grande acordo em uma ação coletiva, cujo objetivo era abarcar todas as demandas relativas à contaminação de militares pelo produto químico, resolvendo globalmente o litígio<sup>221</sup>. Ocorre que, em 1994, o prazo de pagamento estabelecido pelo acordo expirou e, em 2001, Stephenson e outros

---

<sup>216</sup> Em *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S. 507 (2004), a Corte afirmou: "We reaffirm today the fundamental nature of a citizen's right to be free from involuntary confinement by his own government without due process of law, and we weigh the opposing governmental interests against the curtailment of liberty that such confinement entails".

<sup>217</sup> A visão consequencialista do devido processo foi reputada por muitos autores como excessivamente permissiva, nos casos relacionados à detenção e tortura de suspeitos de terrorismo pelo governo dos Estados Unidos. Ver ROBERTSON, Cassandra Burke. Due process in the American identity. In: *Alabama Law Review*, vol. 64, n. 2, 2012, p. 255-288 e HOFFMAN, Stephen. Is Torture Justified in Terrorism Cases? Comparing U.S. and European Views. In: *Northern Illinois Law Review*, vol. 33, 2013, p. 379-391. Mark Kende explica que, apesar dos três casos centrais da "guerra ao terror" serem, literalmente, restritivos à atuação do governo, na prática eles não falharam em estabelecer parâmetros concretos para atuação dos tribunais inferiores, o que permitiu que o governo fizesse apenas pequenos ajustes em sua conduta e continuasse, essencialmente, realizando detenções questionáveis.

<sup>218</sup> *Amchem Products, Inc. v. Windsor* 521 U.S. 591 (1997).

<sup>219</sup> TIDMARSH, Jay. Rethinking adequacy of representation. In: *Texas Law Review*, vol. 87, 2009, p. 1174.

<sup>220</sup> 539 U.S. 111 (2003).

<sup>221</sup> *In re "Agent Orange" Prod. Liab. Litig.*, 597 F. Supp. 740 (E.D.N.Y. 1984). A aprovação final do acordo, depois de audiências pelo país afora, ocorreu em *Ryan v. Dow Chem. Co.* (In re "Agent Orange" Prod. Liab. Litig.), 618 F. Supp. 623 (E.D.N.Y. 1985).

veteranos ajuizaram ações contra a empresa fabricante da substância, argumentando que, como desenvolveram doenças após o encerramento do prazo negociado, não haviam sido adequadamente representados no processo pretérito e, por isso, não estavam vinculados ao seu resultado. Essas ações foram reunidas perante o mesmo juízo responsável pelo acordo, o *Eastern District of New York*, que deu razão aos réus e extinguiu os processos, afirmando que os autores haviam sido adequadamente representados e, por isso, estavam vinculados à avença. Houve recurso e o 2º Circuito reverteu a decisão<sup>222</sup>. Para estabelecer se houve representação adequada ou não, o Tribunal revisor propôs o seguinte teste, citando precedente do 5º Circuito:

Para responder à questão se o representante da classe adequadamente a representou, de modo que o julgamento no processo coletivo seja vinculante para os membros ausentes, devem ser feita uma investigação em duas frentes: (1) O juízo responsável pelo primeiro processo determinou corretamente, no momento inicial, que o representante era adequado à classe e (2) há indícios, após o encerramento do processo, de que o representante da classe adequadamente protegeu seus interesses?

Assim, qualquer julgador, diante de um processo no qual se alega vinculação a uma ação coletiva anterior, deveria investigar tanto as razões que levaram o juízo do processo coletivo a permitir que ele fosse certificado, quanto adotar uma visão retrospectiva da conduta do representante durante toda a sua tramitação, após a etapa de certificação. Fazendo esse exercício, e utilizando os critérios desenvolvidos pela Suprema Corte em *Amchem* e *Ortiz*, o tribunal entendeu que, como o processo anterior somente disponibilizou verbas para mortes ou doenças verificadas até 1994, e os autores na nova demanda adoeceram depois dessa data, haveria um visível conflito entre eles e a classe original, que impediria que tais pessoas fossem consideradas adequadamente representadas e, por isso, abrangidas pela coisa julgada<sup>223</sup>. A decisão foi objeto de recurso para a Suprema Corte, o qual teve um

<sup>222</sup> *Stephenson*, 273 F.3d 249 (2001).

<sup>223</sup> “Both *Stephenson* and *Isaacson* fall within the class definition of the prior litigation: they served in the United States military, stationed in Vietnam, between 1961 and 1972, and were allegedly injured by exposure to Agent Orange. However, they both learned of their allegedly Agent Orange-related injuries only after the 1984 settlement fund had expired in 1994. Because the prior litigation purported to settle all future claims, but only provided for recovery for those whose death or disability was discovered prior to 1994, the conflict between *Stephenson* and *Isaacson* and the class representatives becomes apparent.<sup>7</sup> No provision was made for post-1994 claimants, and the settlement fund was permitted to terminate in 1994. *Amchem* and *Ortiz* suggest that *Stephenson* and *Isaacson* were not adequately represented in the prior Agent Orange litigation. Those cases indicate that a class which purports to represent both present and future claimants may encounter internal conflicts. (...)Because



desenrolar inusitado<sup>224</sup>. O *Justice Stevens* se deu por impedido de participar do julgamento<sup>225</sup> e a Corte, com um número par de juízes, não conseguiu superar um empate. Nessa situação, emite-se uma decisão *per curiam* (pela Corte), sem que seja designado redator. Essas decisões são geralmente muito breves e têm como efeito a manutenção da decisão recorrida, sem formação de precedente<sup>226</sup>.

Tais acontecimentos deixaram sem solução o problema do equilíbrio entre as expectativas do réu, que aceita determinadas condições de um acordo com a perspectiva de obter a resolução final de um problema e, de outro lado, das pessoas que, se descobrindo futuramente lesadas, pretendam se excluir da incidência da decisão anterior. Se a adequação da representação puder ser avaliada retroativamente, é provável que uma decisão coletiva nunca exclua o ajuizamento de ações futuras, por membros da classe. Avaliar se isso é positivo ou negativo depende de saber até que ponto esse caráter conclusivo do processo coletivo (os autores estadunidenses a ele se referem como *finality*) se relaciona com os estímulos que são proporcionados às partes para a solução das controvérsias. A questão é determinar se o objetivo de proporcionar acordos globais, que garantiriam ao réu a pacificação total da relação jurídica, estimulando-o a aceitar um impacto financeiro maior, justificaria uma situação como a de *Stephenson*, em que pessoas que efetivamente foram lesadas por um agente químico não receberiam qualquer compensação, pelo mero fato de que, no passado, houve uma ação coletiva, da qual esses indivíduos não participaram, em que se determinou que somente seriam

---

these plaintiffs were inadequately represented in the prior litigation, they were not proper parties and cannot be bound by the settlement”.

<sup>224</sup> Há uma boa descrição dos fatos do caso em WIRT, Gregory M. Missed Opportunity: *Stephenson v. Dow Chemical Co. and the Finality of Class Action Settlements*. In: *Penn State Law Review*, vol. 109, n. 4, 2005, p. 1297-1313 e também em MAURER, Sara. *Dow Chemical Co. v. Stephenson: class action catch 22*. In: *South Carolina Law Review*, vol. 55, 2004, p. 467-487.

<sup>225</sup> Os impedimentos não são motivados na Suprema Corte, mas especula-se que Stevens tenha se dado por impedido porque seu único filho era um veterano da guerra do Vietnã que morreu de câncer. Ver DANA, David A. Adequacy of representation after *Stephenson*: a rawlsian/behavioral economics approach to class action settlements. In: *Emory Law Journal*, vol. 55, 2006, p. 279-346.

<sup>226</sup> *Dow Chemical Co. v. Stephenson*, 539 U.S. 111 (2003). Da decisão consta apenas o seguinte: “With respect to respondents Daniel Raymond Stephenson, Susan Stephenson, Daniel Anthony Stephenson, and Emily Elizabeth Stephenson, the judgment is affirmed by an equally divided Court”. Decisões *per curiam* também são usadas quando se trata meramente de aplicar um precedente anterior a um caso novo. Em *Stephenson*, a única outra frase da decisão, além da já transcrita, se refere a essa hipótese: “With respect to respondents Joe Isaacson and Phyllis Lisa Isaacson, the judgment of the Court of Appeals for the Second Circuit is vacated, and the case is remanded for further consideration in light of *Syngenta Crop Protection, Inc. v. Henson*, 537 U. S. 28 (2002).

indenizadas pessoas que manifestassem as consequências do ilícito até determinada data<sup>227</sup>. Não parece fazer sentido exigir que essas pessoas, que então eram saudáveis, imaginassem que poderiam, um dia, vir a adoecer e, por essa razão, a elas imputar consequências pela omissão no exercício do *opt-out*.

#### 4.3.4.2 Propostas acadêmicas de critérios de adequação

A jurisprudência americana, como se observa, embora tenha definido parâmetros de adequação, não conseguiu desenvolver um critério geral para sua avaliação, restando apenas propostas acadêmicas nesse sentido. Tidmarsh sugere que a análise seja feita a partir do seguinte postulado: a representação é adequada se proporciona a cada um dos membros da classe uma situação não inferior à que teriam se retivessem o controle individual sobre o litígio<sup>228</sup>. Assim, o sempre lembrado caso *Kamilewicz v. Bank of Boston Corp.*<sup>229</sup>, no qual os membros da classe receberiam, em razão do acordo, US\$ 2,19 e teriam que pagar US\$ 91,33 em despesas e honorários, exemplificaria com perfeição uma representação inadequada. Contudo, exemplos tão claros como esse são raros, motivo pelo qual o autor refina o princípio para esclarecer que se deve analisar as expectativas de ganho líquido entre um processo individual e um processo coletivo. Não se trata de verificar resultados concretos, mas expectativas de retorno, que levem em conta também os custos de cada uma dessas modalidades de processo. Assim, a

<sup>227</sup> Ambas as referências citadas na nota anterior consideram que o precedente coloca em risco as ações coletivas por inibir os acordos. É pouco provável que estejam corretos, considerando que, dez anos depois, não há indícios de que o índice de acordos esteja diminuindo nos Estados Unidos. Também criticando a amplitude do critério adotado pelo 2º Circuito no caso, ver BERNIER, Kevin R. The Inadequacy of the broad collateral attack: *Stephenson v. Dow Chemical Company and its effect on class action settlements*. In: *Boston University Law Review*, vol. 84, 2004, p. 1023-1048. Richard Nagareda analisa o acordo em *In re "Agent Orange"* com maior benevolência, considerando que, como o efeito causado pela contaminação é o desenvolvimento de câncer, que é uma doença multifatorial, o transcurso do prazo torna menos provável a determinação de nexo causal entre a doença e a exposição ao agente químico. De fato, após a decisão da Suprema Corte e a retomada do andamento da ação em *Stephenson*, o pedido foi jungado improcedente. Ver NAGAREDA, Richard A. *Mass torts in a world of settlement*. Chicago: The University of Chicago Press, 2007, cap. 8.

<sup>228</sup> TIDMARSH, Jay. Rethinking adequacy of representation. In: *Texas Law Review*, vol. 87, 2009, p. 1176.

<sup>229</sup> 92 F.3d 506 (7th Cir. 1996).

representação não é inadequada simplesmente porque a ação foi julgada improcedente e nem mesmo por ter uma expectativa de ganho individual bruto inferior à de uma ação individual, se a expectativa de diluição de custos indicar a perspectiva de um resultado líquido superior. Caso seja celebrado acordo, o cálculo deveria ser refeito, para evitar que os representantes se sintam tentados a negociar os direitos da classe por valor inferior ao que seria obtido em ações individuais. Além disso, a análise deve considerar a possibilidade de não ajuizamento da ação, quando a expectativa de retorno líquido for negativa.

Esse cálculo deve ser feito em relação a todos os membros da classe. Não basta que o resultado global da demanda coletiva seja superior, se ele impõe a alguns indivíduos situação pior do que teriam se retivessem o controle individual do processo. Aqueles que ficarem na situação inferior não são adequadamente representados e, portanto, estarão excluídos dos efeitos do processo. Para os demais, não existe garantia de maximização de benefícios individuais, mas apenas de que sua situação não será inferior à que teriam expectativa de obter individualmente. O teste desenvolvido por Tidmarsh é um piso de adequação, não um teto<sup>230</sup>. Por essa razão, ele não repudia a situação em que a ação proporcione elevados ganhos aos advogados e nenhum ganho à classe, se também não lhe gerar perdas e se os direitos individuais já eram virtualmente sem valor, como no caso das pequenas lesões nas relações de consumo.

A maior dificuldade da proposta de Tidmarsh, por ele mesmo reconhecida, é a realização concreta desses cálculos, especialmente antes do início do processo, para que se possa verificar o potencial de adequação da representação. Sua solução é no sentido de que os cálculos poderiam ser simplificados pela demonstração de que a pretensão coletiva não reduz o valor dos pleitos individuais de cada membro da classe, mas reduz os custos de cada um em relação ao que esperariam suportar em ações individuais. No futuro, caso haja acordo, será possível recalcular, com maior precisão, se ele é ou não mais benéfico que a expectativa dos indivíduos, caso retivessem controle de seus próprios processos<sup>231</sup>.

---

<sup>230</sup> TIDMARSH, Jay. Rethinking adequacy of representation. In: *Texas Law Review*, vol. 87, 2009, p. 1179.

<sup>231</sup> Idem, p. 1190.

Richard Nagareda sugere que a adequação da representação, na perspectiva do advogado representante, seja avaliada por aplicação dos elementos com os quais se analisa a legitimidade da atuação da administração pública. Nas duas situações, a preocupação é que o agir seja acompanhado de explicação razoável, para evitar arbitrariedades e permitir que haja responsabilização. Esta seria potencializada pela possibilidade de substituição do advogado, tal como um agente eleito pode ser destituído pelos seus constituintes. A ameaça de substituição é uma força poderosa no alinhamento da atuação dos representantes aos interesses dos representados. É claro que não se pode esperar que os membros da classe, que têm pouco ou nenhum contato com o processo, resolvam conduzir uma eleição para alterar o representante. O público das justificativas de atuação do advogado seriam outros advogados, interessados em tomar seu lugar, que poderiam questionar ao juízo a adequação da representação. Nos mesmos termos, um acordo proposto deve ser acompanhado de explicações razoáveis sobre os fundamentos de sua celebração. Eventual inadequação da proposta deveria ser considerada indício de inadequação da representação como um todo, indicando a necessidade de alteração do representante, ao invés de, como usualmente ocorre, se permitir que ele mesmo retome a negociação<sup>232</sup>. Advogados possivelmente interessados em assumir a causa deveriam ser convidados para a audiência prévia à homologação do acordo, com o objetivo de apresentar questionamentos, ao invés de se aceitar apenas a participação de membros da classe, geralmente após a aprovação preliminar do conteúdo negociado pelas partes, o que indica, pelo menos em princípio, predisposição do juiz a aceitar a avença<sup>233</sup>.

David Dana procura construir um conceito de adequação da representação que se preocupar tanto com o aspecto processual, entendido como a forma como o processo é conduzido, quanto com o aspecto material, consubstanciado nos resultados substantivos do processo. Uma representação adequada não tem que assegurar apenas que o processo seja conduzido de modo competente, mas também que dele decorra resultado adequado para os membros da classe, que

---

<sup>232</sup> NAGAREDA, Richard. Administering adequacy in class representation. In: *Texas Law Review*, vol. 82, 2003, p. 287-380.

<sup>233</sup> KAHAN, Marcel e SILBERMAN, Linda. Matsushita and beyond: the role of state courts in class actions involving exclusive federal claims. In: *The Supreme Court Review*, 1996, p. 219-283.

serão impedidos de litigar individualmente. Em alguns casos, essa avaliação só poderá ser realizada após algum tempo. A proposta do autor é analisar a adequação da representação substantiva de uma perspectiva rawlsiana: é plausível que um membro da classe aquiescesse com aquele acordo antes de saber sua posição na classe? Se a resposta for negativa, a representação será inadequada. No caso *Stephenson*, é improvável que os integrantes da classe concordassem com um acordo que pagasse benefícios apenas até 1994, antes de saberem a data em que desenvolveriam a doença<sup>234</sup>.

De fato, apesar das críticas filosóficas ao trabalho de Rawls, que fogem ao escopo desta tese<sup>235</sup>, a analogia é fecunda. Os membros da classe em uma ação coletiva podem ser retratados como uma sociedade que precisa decidir sobre a distribuição de recursos finitos entre eles. Uma forma de fazê-lo seria imaginar um acordo hipotético, por trás de um véu de ignorância, em razão do qual o indivíduo precisa decidir de que modo essa distribuição ocorrerá, sem conhecer os elementos de sua própria posição na classe. É muito provável que essas pessoas decidam que lesões iguais devem receber a mesma compensação, atribuindo maiores valores a quem sofreu mais, salvo se a aplicação dessa fórmula acarretar custos administrativos muito substanciais para a gestão do mecanismo compensatório, ausentes os quais a classe pudesse ter uma compensação maior. Assim, afastamentos de uma igualdade absoluta são aceitáveis, desde que gerem ganhos totais que, aplicados em favor das pessoas que ficarem em pior posição no futuro (os que sofreram lesões mais graves), os coloquem em situação melhor, em termos absolutos, do que aquela que teriam na fórmula de igual compensação por dano igual, deduzidos os custos administrativos<sup>236</sup>.

---

<sup>234</sup> DANA, David A. Adequacy of representation after Stephenson: a rawlsian/behavioral economics approach to class action settlements. In: *Emory Law Journal*, vol. 55, 2006, p. 279-346. Sobre as bases teóricas dessa construção, ver RAWLS, John. *A theory of justice*. Revised Edition. Cambridge: Harvard University Press, 1999 e RAWLS, John. *Justice as fairness: a restatement*. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

<sup>235</sup> Ver, por exemplo SEN, Amartya. *The idea of justice*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

<sup>236</sup> É mais fácil compreender a ideia matematicamente. Se um acordo proporciona a dez pessoas uma compensação de \$1.000, sendo que os danos sofridos por duas delas (A e B) são equivalentes a \$200 e as demais sofreram danos idênticos de \$100, totalizando \$1200, a classe, em razão do acordo, abriu mão dos \$200 excedentes, tendo \$1000 para dividir entre todos os seus membros. Matematicamente, a fórmula da igual compensação por igual dano demandaria A e B recebessem o dobro dos demais. Logo, A e B deveriam receber \$166,66 e os demais, \$83,33. Entretanto, se a

Assim, para o autor, todos os acordos em processos coletivos de que decorrem consequências negativas para alguns membros da classe, mesmo que tratem de pequenas lesões, devem ser rejeitados, porque não são aceitáveis a partir de uma posição inicial abstrata, por trás de um véu de ignorância<sup>237</sup>. Em segundo lugar, em ações coletivas nas quais o interesse individual de cada um dos membros é substancial, não são aceitáveis acordos dos quais decorram, para alguns deles, resultado zero, como foi o caso em *Stephenson*<sup>238</sup>. Terceiro, nessa mesma situação de interesses individuais substanciais, a representação será inadequada se o resultado do acordo se desviar substancialmente do princípio de que danos iguais devem receber a mesma reparação, sem que a economia de custos administrativos que decorre da coletivização seja aplicada no objetivo de compensar mais aqueles que sofreram danos maiores. Quarto, mesmo que as pretensões individuais sejam reduzidas, poderão ser objeto de ataque posterior os acordos que atribuem compensação zero a alguns membros da classe, ou que se desviam da fórmula de compensação igual por dano igual, se isso não significar economias substanciais de custos administrativos que aumentarão a compensação geral da classe.

---

aplicação desse mecanismo fosse administrativamente onerosa, em razão da necessidade de contratação de gestores, da realização de perícias ou de outros custos instrumentais, acarretando um gasto de \$100, A e B receberiam \$150 e os demais \$75. Se, ao invés, forem alocados os \$100 para a reparação de A e B, que sofreram os danos mais graves, cada um deles receberia \$200, enquanto os demais continuariam recebendo \$75. Assim, a economia do curso administrativo melhora a posição de A e B, sem piorar a dos demais, o que faz com que essa solução seja aceitável, mesmo que a proporcionalidade inicial entre a situação de A e B e a dos demais tenha se perdido. O custo de manutenção dessa proporção a torna desinteressante do ponto de vista global.

<sup>237</sup> O exemplo do autor é o acordo firmado em *Kamilewicz v. Bank of Boston Corp.*, 92 F.3d 506 (7th Cir. 1996), em razão do qual a alteração de uma fórmula de cálculo de uma parcela de contratos de financiamento bancário beneficiava a maioria dos membros da classe, mas prejudicava alguns deles, fazendo com que tivessem que pagar mais em custos do processo do que tinham efetivamente recebido em vantagem. Posteriormente, o Class Action Fairness Act (CAFA), de 2005, Seção 1713, estabeleceu que “The court may approve a proposed settlement under which any class member is obligated to pay sums to class counsel that would result in a net loss to the class member only if the court makes a written finding that nonmonetary benefits to the class member substantially outweigh the monetary loss”. Isso parece confirmar a opinião de David Dana. Ver também SULLIVAN *et al. Complex litigation*. Danvers: LexisNexis, 2009.

<sup>238</sup> David Dana relata que conduziu pesquisa empírica acerca de sua proposta de um acordo que, por trás de um véu de ignorância, chegasse ao resultado de *Stephenson*, em que alguns membros da classe não são compensados se desenvolverem doenças depois de dez anos. A quase unanimidade dos entrevistados repudiou o acordo. DANA, David A. Adequacy of representation after *Stephenson*: a rawlsian/behavioral economics approach to class action settlements. In: *Emory Law Journal*, vol. 55, 2006, p. 307.

#### 4.3.4.3 Avaliação empírica da adequação

Independentemente do parâmetro que se adote para avaliar a adequação da representação, é certo que a decisão de certificação da classe significa a declaração do juiz de que a considera adequada. Contudo, essa decisão não se submete a preclusão, permitindo revisão, ao longo do processo, de ofício, por provocação das partes ou mesmo de terceiros que tomem ciência do caso. A certificação é uma análise prospectiva da atuação do representante. Se, ao longo do processo, essa previsão não se confirmar, total ou parcialmente, o juiz poderá revogar integralmente a certificação e extinguir o processo, determinar a substituição do advogado ou a criação de subclasses<sup>239</sup>.

Robert Klonoff<sup>240</sup> lança dúvidas, com base em pesquisa empírica, sobre até que ponto os juízes estão efetivamente analisando a adequação da representação. O autor examinou 774 decisões de cortes federais que, entre 1994 e 2003, decidiram sobre a adequação do representante e/ou do advogado da classe. Em relação ao representante, em 371 delas o requisito foi considerado satisfeito com nenhuma ou praticamente nenhuma fundamentação. Em 4 ocasiões, o juízo impôs ao réu o ônus de demonstrar a inadequação da representação proposta. Dentro desse universo de decisões problemáticas, em 228 a análise da adequação da representação se restringiu à verificação de ausência de conflitos entre o representante e a classe. Em 44, a representação foi considerada válida porque não contestada pelo réu. Por outro lado, em 170 casos a representação foi considerada inadequada, 90 dos quais, por conflitos de interesse entre o representante e a classe.

Em relação ao advogado, Klonoff verificou, entre 687 casos, 209 em que a representação foi considerada adequada de modo automático, com pouca ou nenhuma fundamentação, meramente em razão de não ter sido contestada pelo

---

<sup>239</sup> Isso foi afirmado em *Phillips Petroleum Co. v. Shutts*, 472 U.S. 797 (1985): “Finally, the Due Process Clause of course requires that the named plaintiff at all times adequately represent the interests of the absent class members”.

<sup>240</sup> KLONOFF, Robert H. The Judiciary's Flawed Application of Rule 23's Adequacy of Representation Requirement. In: *Michigan State Law Review*, vol. 2004, n. 3, 2004, p. 671-702.

réu<sup>241</sup>. Isso é ainda mais grave que a análise da adequação da parte representante, já que o réu tem poucos motivos para demandar do juiz a indicação de um adversário mais forte para litigar contra si<sup>242</sup>. Em apenas 7 casos o advogado foi considerado inadequado em razão da má qualidade de sua atuação no processo em exame ou em outros anteriores. Em mais 7 situações, a inadequação se deveu a conflitos de interesse e, em 3, a má conduta em geral. Em alguns julgados, o próprio juízo lança dúvidas sobre a adequação do advogado, mas termina permitindo sua atuação. Outro problema digno de nota é que o autor não encontra correlação direta entre o rigor da análise da representação e o tamanho da classe ou a importância do caso.

Ainda que a metodologia de pesquisa de Klonoff esteja sujeita a críticas<sup>243</sup>, e que o índice estatístico de classes certificadas nos Estados Unidos seja baixo, por variadas razões<sup>244</sup>, o que se extrai da análise do autor é o alerta no sentido de que, ausentes outras salvaguardas, pode haver risco em se confiar apenas na análise do juiz quanto a adequação da representação, para assegurar os direitos dos ausentes em ações coletivas. Nessa mesma linha, Linda Mullenix entende que tanto os tribunais, quanto as partes, atuam mal quando se trata de assegurar adequação da representação, seja ao longo do processo ou por ocasião da celebração dos

<sup>241</sup> No mesmo sentido, MULLENIX, Linda S. Taking Adequacy Seriously: The Inadequate Assessment of Adequacy in Litigation and Settlement Classes. In: *Vanderbilt Law Review*, vol. 57, n. 5, 2004, p. 1699. Cabe observar que a autora não realiza pesquisa empírica própria, baseando suas considerações em julgados esparsos, recolhidos em outras obras.

<sup>242</sup> Também afirmando que o juiz é o ator principal na análise da adequação da representação, em razão da falta de incentivos, tanto para o advogado da classe quanto para o de seu opositor, para apontar problemas, WOLFF, Tobias Barrington. Preclusion in class action litigation. In: *Columbia Law Review*, vol. 105, 2005, p. 788-89.

<sup>243</sup> Os dados apresentados por Klonoff são, sem dúvida alguma, interessantes, mas é duvidoso que eles sustentem a conclusão do seu trabalho, que é a de que os juízes federais não estão fazendo um bom trabalho em verificar a adequação da representação. Primeiro, o autor analisou apenas as decisões, não os casos. Então, a única coisa que se pode afirmar com certeza é que as decisões são mal fundamentadas, não que o juiz não tenha efetivamente analisado os requisitos, apenas deixando de fazer constar as minúcias dessa verificação na decisão publicada. Segundo, também não é possível afirmar que as decisões, mesmo mal fundamentadas, estejam erradas e que as classes não deveriam ter sido certificadas nos casos em que a análise do requisito é lacônica. Terceiro, o mercado das *class actions* nos Estados Unidos não é para amadores. As ações são caras e o ônus financeiro é assumido pelo advogado, o que desencoraja sobremaneira ações de alto risco. Então, é possível que os juízes considerem tão poucos advogados como representantes inadequados porque eles são efetivamente adequados. Por último, mesmo que o número de advogados reputados inadequados seja baixo, 170 representantes foram assim considerados, o que supera 20% da amostra analisada dado que, no contexto, parece significativo.

<sup>244</sup> WILLGING, Thomas E.; WHEATMAN, Shannon R. Attorney Choice of Forum in Class Action Litigation: What Difference Does It Make. In: *Notre Dame Law Review*, vol. 81, n. 2, 2006, p. 591-654.



acordos, não dando a esse requisito o valor que seria compatível com a sua importância. Os juízes deveriam verificá-lo rigorosamente, ao invés de presumir sua satisfação<sup>245</sup>.

Nesse contexto, a autora sugere que a análise pode ser melhorada a partir da aplicação, pelos juízes, dos seguintes postulados: avaliação da adequação no início do processo, abandono de quaisquer presunções de representatividade, tanto em relação à parte, quanto ao advogado, e criação de parâmetros de avaliação a partir da garantia do devido processo, para além dos conflitos de interesse. O advogado, além de ser avaliado pela experiência, recursos e conflitos com a classe, deve se engajar em fazer com que o representante entenda o que está acontecendo no processo e se envolva com ele, em lugar de ser apenas um elemento de cumprimento de formalidades. Advogado e parte representante devem atuar conjuntamente como agente fiduciário da classe, na busca de seus melhores interesses. A avaliação judicial do requisito deveria se dar em audiência, com a oitiva dos advogados e dos representantes, e não apenas com base em documentos do processo.<sup>246</sup>

#### 4.3.4.4 Avaliação retrospectiva da adequação em demandas futuras

Finalmente, o último dilema a ser solucionado acerca da representatividade adequada, para o qual a doutrina e a jurisprudência norte-americanas ainda não encontraram um ponto unânime de convergência, é o de determinar a possibilidade de que, em processo futuro, alguém alegue que não foi adequadamente representado e, com isso, se desvincule da decisão coletiva pretérita<sup>247</sup>, tal como ocorreu no caso *Stephenson*, já mencionado. Quanto mais ampla for a permissão

<sup>245</sup> MULLENIX, Linda S. Taking Adequacy Seriously: The Inadequate Assessment of Adequacy in Litigation and Settlement Classes. In: *Vanderbilt Law Review*, vol. 57, n. 5, 2004, p. 1687-1744.

<sup>246</sup> Idem, p. 1733 e ss. Cabe observar que, por muito que Mullenix afirme a pretensão de oferecer parâmetros concretos para a análise da adequação da representação, seu texto vai muito pouco além do que é afirmado pelos comentaristas de forma geral.

<sup>247</sup> Esse instituto é denominado *collateral attack*. O problema da sua aplicação em class actions é amplamente debatido em WOLFF, Tobias Barrington. Preclusion in class action litigation. In: *Columbia Law Review*, vol. 105, 2005, p. 717-808.

desse questionamento posterior, menos definitiva será a solução do conflito, o que nega ao réu o benefício do encerramento da controvérsia, conhecida como *finality*. Em um sistema jurídico no qual o acordo é o fim natural dos processos, esse elemento é importante para a negociação, especialmente quando existe interesse econômico individual suficiente para sustentar o prognóstico de ajuizamento de ações posteriores, pelos integrantes da classe<sup>248</sup>. Por outro lado, quanto mais se privilegia a *finality*, maior o risco ao qual direitos individuais estarão submetidos em decorrência de uma adjudicação coletiva deficiente.

Tanto *Hansberry* quanto *Stephenson* parecem sustentar o entendimento da ampla margem para questionamento futuro da decisão coletiva, com base em defeitos de representação. Entretanto, a decisão da Suprema Corte em *Matsushita Elec. Industrial Co. v. Epstein*<sup>249</sup> é utilizada para embasar uma linha de pensamento mais restritiva. No caso pendiam duas ações coletivas simultâneas contra a empresa Matsushita, por violações a direitos de acionistas no contexto da incorporação de outra empresa. Uma das ações corria no juízo federal da Califórnia e outra no juízo estadual de Delaware. Nesta, foi firmado um acordo, no qual constava que os membros da classe que não exercessem o *opt-out* estariam abdicando também de suas queixas com base na legislação federal, que não era objeto dessa ação, mas apenas da que pendia na Califórnia. Foram cumpridos os procedimentos para a homologação do acordo, com audiência pública e a decisão de diversas objeções. Ao final, o juízo estadual entendeu que a representação havia sido adequada e o acordo foi confirmado em todos os níveis da justiça estadual. Contudo, o 9º Circuito de Apelações, da Califórnia, se recusou a aceitar a extinção das pretensões baseadas em norma federal e houve recurso à Suprema Corte. Esta confirmou a validade da decisão de Delaware e a vinculação ao acordo dos membros da classe que não exerceram o *opt-out*, mesmo que tivessem pretensões fundadas em norma federal. Não caberia ao juízo federal negar validade à decisão estadual. Apesar disso, em voto parcialmente vencido, três juízes, capitaneados pela juíza Ginsburg,

---

<sup>248</sup> Embora as estatísticas variem um pouco, há relativa coerência entre os estudiosos no sentido de que, em média, o número de casos julgados nos Estados Unidos gira em torno de 5% do total de ações ajuizadas. Ver, por exemplo, GROSS, Samuel R.; SYVERUD, Kent D. Getting to No: A Study of Settlement Negotiations and the Selection of Cases for Trial. In: *Michigan Law Review*, vol. 90, n. 2, 1991, p. 319-393.

<sup>249</sup> 516 U.S. 367 (1996).

entenderam que, embora um julgamento estadual seja válido em todo o país, essa validade é condicionada ao respeito pelo devido processo legal, do qual a representatividade adequada é parte, quando se trata de *class actions*. Assim, qualquer julgamento definitivo permaneceria sujeito a questionamento posterior, no qual se alegasse falha de representação no processo coletivo. Ginsburg asseverou que “uma corte, conduzindo uma ação, não pode predeterminar os efeitos da coisa julgada de sua decisão; esses efeitos podem ser testados apenas em uma ação subsequente”.

Essa falta de orientação unívoca da Suprema Corte contribui para a existência de entendimentos distintos entre os Circuitos de Apelação. Alguns têm se negado a conhecer de demandas nas quais se questiona a representação anterior em uma ação coletiva. Argumenta-se que o juiz do processo coletivo está em posição melhor que um juiz de um processo individual posterior para determinar se a representação é ou não adequada. Além disso, o réu tem direito de que seja preservado o devido processo legal em seu favor, de modo que um novo processo só poderia ser admitido em casos muito excepcionais, por exemplo, quando comprovado que o réu sabia da inadequação da representação no processo original e dela se aproveitou maliciosamente<sup>250</sup>.

Essas restrições são criticadas por alguns autores, os quais afirmam que se alguém não foi adequadamente representado, o juízo do processo coletivo não exerceu jurisdição sobre a pessoa, que não tinha o dever de aparecer naquele processo. Assim, seria natural que se admitisse o questionamento da decisão com base na deficiência de representação, em outro processo<sup>251</sup>. Por outro lado, há quem busque uma posição intermediária, defendendo que os membros da classe podem questionar a representação em processos subsequentes, mas com fundamentos limitados a fraudes ou falhas procedimentais do juízo do processo coletivo, ao verificar a adequação da representação<sup>252</sup>. Em sentido similar, William

<sup>250</sup> Os casos são relatados em TIDMARSH, Jay. Rethinking adequacy of representation. In: *Texas Law Review*, vol. 87, 2009, p. 1137-1203.

<sup>251</sup> Nesse sentido, WOOLLEY, Patrick. The availability of collateral attack for inadequate representation in class suits. In: *Texas Law Review*, vol. 79, 2000, p. 383-446.

<sup>252</sup> KAHAN, Marcel; SILBERMAN, Linda. The Inadequate Search for Adequacy in Class Actions: A Critique of *Epstein v. MCA, Inc.* In: *New York University Law Review*, vol. 73, n. 3, 1998, p. 765-792. Os autores afirmam, na p. 787, que “the inquiry is whether the process undertaken by the court in

Rubenstein<sup>253</sup>, a partir de analogia com o processo penal, sustenta que a possibilidade de questionamento da decisão anterior decorre da análise da importância e valor do direito para o indivíduo, aumentando na mesma proporção em que cresce esse valor. Em se admitindo o questionamento, ele deve ser bem sucedido apenas se for demonstrado que a atuação do advogado, no processo coletivo, esteve abaixo da média e, por essa razão, foi prejudicial aos interesses do indivíduo. O conflito de interesses entre o advogado e o cliente, ou entre os membros da classe, poderia ser utilizado como um indício desse prejuízo, mas não a simples afirmação de que outro juízo teria abordado a questão da adequação de forma diversa.

Por enquanto, parece prevalecer o entendimento em favor da possibilidade de questionamento, em processo posterior, acerca da qualidade da representação<sup>254</sup>. O tribunal do 5º Circuito de Apelações resumiu, em *Gonzales v. Cassidy*<sup>255</sup>, de que forma o juiz deve realizar essa análise. O primeiro passo é questionar se o juízo, no processo coletivo, determinou corretamente, de início, se a representação era adequada para a classe. O segundo é verificar, retroativamente, se o representante protegeu os interesses dos ausentes ao longo de toda a tramitação do processo coletivo. No caso, a representação foi reputada inadequada porque o representante deixou de recorrer de uma decisão que negou tutela a uma parte da classe. Ao se omitir, ele falhou no teste de “sincera e vigorosamente afirmar e defender os interesses dos membros da classe, de modo a garantir-lhes o devido processo”.

---

approving the settlement and in making a finding of adequate representation was sufficient to protect the due process rights of absent class members”. Por outro lado, ver MORRISON, Alan B. The Inadequate Search for Adequacy in Class Actions: A Brief Reply to Professors Kahan and Silberman. In: *New York University Law Review*, vol. 73, n. 4, 1998, p. 1179-1192, argumentando que a decisão do caso subjacente, que Kahan e Silberman consideram errada, seria mantida se o critério por eles defendido fosse aplicado.

<sup>253</sup> RUBENSTEIN, William B. Finality in Class Action Litigation: Lessons from Habeas. In: *New York University Law Review*, vol. 82, n. 3, 2007, p. 790-869.

<sup>254</sup> Em sua edição mais recente, o *Newberg on Class Actions* continua registrando que “The class member may not protest that she was not present at the class action: her membership in the class constitutes her presence for preclusion purposes. The class member can avoid the binding effect of the class decree only by collaterally attacking it on due process (or other fundamental) grounds, arguing, for example, that she was not adequately represented”. CONTE, Alba e NEWBERG, Harbert. *Newberg on class actions*. 5th ed. Danvers: Thomson West, 2013, § 1:6.

<sup>255</sup> 474 F.2d 67 (5 Cir., 1973).

Reforça o argumento em favor dessa orientação a percepção de que o significado prático da possibilidade de questionamento subsequente da decisão coletiva parece superestimado. Não há indícios empíricos de que os réus tenham deixado de fazer acordos ou estejam oferecendo valores menores apenas em razão do risco de que sejam ajuizadas ações individuais posteriores. Também não há indícios de que o número de ações individuais efetivamente ajuizadas, após a solução coletiva, seja grande o suficiente para torná-la inútil. Como apontam os estudos, é impossível garantir totalmente que qualquer processo, mesmo individual, significará o encerramento definitivo de um conflito<sup>256</sup>. Uma sentença ou acordo coletivo reforçam consideravelmente a posição do réu, mesmo que, historicamente, a Suprema Corte tenha se mostrado reticente em retirar do indivíduo o direito de processar alguém em razão de sua vinculação à decisão anterior. O valor da decisão coletiva, mesmo passível de questionamento, é confirmado pelo caso *Stephenson*, no qual, apesar da continuidade do processo, o autor teve sua pretensão julgada improcedente<sup>257</sup>.

Em resumo, nesse debate se encontra o ponto mais delicado de qualquer tipo de processo coletivo. Transformá-lo em apenas mais uma possibilidade para que os indivíduos busquem seus direitos, produzindo uma sentença descartável *ex post facto*, caso surja a perspectiva de um caminho melhor, fere o objetivo da agregação processual, os direitos do réu e o senso de justiça do sistema. Por outro lado, impedir que um indivíduo possa pelo menos demonstrar que foi privado de direitos em um processo no qual não foi adequadamente representado significa imputar a ele o ônus de ser o mártir de uma causa maior. Essa preocupação não é, de forma alguma, infundada. Como disse Posner, o destino dos membros da classe está, em considerável medida, nas mãos do representante<sup>258</sup>.

---

<sup>256</sup> HAZARD JR., Geoffrey C.; GEDID, John L.; SOWLE, Stephen. Historical Analysis of the Binding Effect of Class Suits. In: *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 146, n. 6, 1998, p. 1849-1948.

<sup>257</sup> *Isaacson v. Dow Chem. Co.* 304 F. Supp. 2d 404 (E.D.N.Y. 2004). O caso de *Stephenson* foi decidido em conjunto com outros, nesse processo.

<sup>258</sup> *Culver v. City of Milwaukee*, 277 F.3d 908, 910 (7th Cir. 2002).

#### 4.3.5 Subclasses

A consideração dos predicados do advogado e do representante, bem como da ausência de conflitos de interesses entre eles, é um passo importante para a representatividade adequada, mas não é suficiente. Por muito capacitados, bem intencionados e adequadamente estimulados que sejam esses atores, a representação pode ser comprometida pela existência de conflitos internos à classe. Quanto maior ela for, e quanto mais diversa for a situação de seus membros em relação à lesão, maior a possibilidade de que queiram resultados diferentes do processo. Conforme já exemplificado, em situações de exposição a agentes causadores de doenças, o espectro de membros da classe vai desde parentes de indivíduos que morreram em razão do evento, até pessoas que foram expostas ao produto, mas que não desenvolveram qualquer sintoma. É certo que essas pessoas não têm interesse nas mesmas prestações e é possível que o atendimento aos interesses de algumas acabe inviabilizando o de outras<sup>259</sup>.

A solução dada pela *Rule 23* aos conflitos intraclasse é a formação de subclasses, nos termos de (c)(5). A formação de subclasses pode tanto ser proposta pelo autor, desde a inicial, quanto ser determinada pelo juiz, como condição de certificação ou ao longo do processo. Embora a *Rule 23* seja lacônica quanto aos critérios para a formação de subclasses, entende-se que seu papel é manter a homogeneidade de interesses entre os membros de cada uma delas<sup>260</sup>. Para tanto, cada subclasse deve ter representantes e advogados distintos e deverá satisfazer, de modo independente, todos os requisitos da *Rule 23* (a) e aqueles da *Rule 23* (b) aplicáveis à espécie de ação em andamento. Caso falhe, aquela subclasse será excluída, seguindo o processo apenas com as que cumpriram os requisitos. Além de evitar

---

<sup>259</sup> Sobre o problema dos diversos graus de lesão em *mass torts*, ver NAGAREDA, Richard A. *Mass torts in a world of settlement*. Chicago: The University of Chicago Press, 2007, cap. 2.

<sup>260</sup> Há quem defenda que uma classe homogênea poderia ser dividida em subclasses, para melhorar as condições de tramitação do processo. HARRIS, Howard S. Subclasses – the test case concept – *Eisen v. Carlisle & Jacquelin*. In: *Ohio State Law Journal*, vol. 36, 1975, p. 911-928. Esse entendimento não é vedado pela *Rule 23*, que deixa a definição de subclasses inteiramente a critério do juiz. Entretanto, essa posição é minoritária porque a maioria dos autores percebe a criação de subclasses como aumento de complexidade, de forma que, concretamente, essa solução dificilmente seria aplicável.

conflitos de interesse, as subclasses contribuem para que o processo apresente ao julgador um panorama mais realista da situação da classe, já que diferentes advogados estarão preocupados com diferentes aspectos da demanda, aumentando o cabedal de informações disponíveis.

No início da vigência da versão de 1966 da *Rule 23*, as subclasses eram pouco utilizadas. A maioria das cortes federais, por inspiração do 5º Circuito<sup>261</sup>, adotou critérios amplos de certificação para as *class actions* mais comuns naquele momento, que eram as de tipo (b)(2), relativas a segregação racial, condições de trabalho, preconceito de gênero e de religião, dentre outros. Assim, foram aceitas *class actions* englobando, por exemplo, todos os empregados de uma determinada raça, vinculados ao mesmo empregador, mesmo que exercessem funções diferentes, em lugares diferentes do país. No final da década de 1970, entendimentos mais restritivos começaram a se formar, com os tribunais manifestando maior preocupação com a situação dos ausentes e a homogeneidade de interesses na classe<sup>262</sup>.

Essa posição mais restritiva foi privilegiada pela Suprema Corte no caso *Falcon*<sup>263</sup>, em que a classe aprovada pelo 5º Circuito teve sua certificação revertida em razão da falta de unidade de interesses. Apesar disso, em uma nota de rodapé, a Corte deixou margem para que uma classe fosse certificada no modelo pretendido pelo 5º Circuito (que ficou conhecido como *across-the-board certification*) se houvesse prova de que o empregador operava uma política geral de discriminação. Essa ambiguidade ainda se reflete na atualidade, acarretando decisões casuísticas acerca do grau de identidade de interesses exigível para uma classe<sup>264</sup>. De todo modo, a utilização de subclasses pode ser uma solução capaz de evitar a extinção do

<sup>261</sup> *Johnson v. Georgia Highway Express, Inc.*, 417 F.2d 1122, 1124 (5th Cir. 1969).

<sup>262</sup> Por exemplo, *Harris v. Pan Am. World Airways*, 74 F.R.D. 24, 38, 41-45 (N.D. Cal. 1977). A evolução desses dois entendimentos está descrita em NOTE. Certifying classes and subclasses in title VII suits. In: *Harvard Law Review*, vol. 99, 1986, p. 619-639.

<sup>263</sup> *General Tel. Co. v. Falcon*, 457 U.S. 147 (1982).

<sup>264</sup> V. supra, a discussão relacionada ao caso *Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes*, et al., 564 U.S. 277 (2011).

processo, ainda que dados mais recentes continuem demonstrando que sua utilização é infrequente<sup>265</sup>.

Em *Amchem Products, Inc. v. Windsor*<sup>266</sup>, a questão das subclasses foi um fator essencial para que a Suprema Corte reverteresse a certificação da classe e, com isso, anulasse o que teria sido o maior acordo da história das *class actions* até então, no valor de 1,3 bilhão de dólares<sup>267</sup>. A Corte observou que a petição inicial apontou nove indivíduos e suas famílias como representantes de uma classe descrita como todas as pessoas que ainda não haviam processado qualquer empresa fabricante de derivados do amianto, mas foram expostas a ele em razão de ocupação profissional própria ou de algum familiar, que o colocava em contato com amianto atribuível a algum dos réus. Segundo a Corte, “potencialmente centenas de milhares, ou mesmo milhões de pessoas podem se enquadrar nessa descrição”. Apesar disso, “a inicial não delineou qualquer subclasse; todos os autores foram designados como representantes de toda a classe”. O voto vencedor da juíza Ginsburg estabeleceu que os interesses dos representantes não estavam alinhados com os de toda a classe, eis que, para os que já estão doentes, a meta é receber o pagamento mais generoso possível, imediatamente. Entretanto, os que ainda não desenvolveram a doença prefeririam que fosse criado um fundo para pagamentos futuros. Assim, “as partes chegaram a um compromisso global sem assegurar estruturalmente a representação justa e adequada dos diversos grupos e indivíduos afetados”.

Algo semelhante foi identificado pela Suprema Corte no outro caso paradigmático relativo ao amianto, *Ortiz v. Fibreboard Corp.*<sup>268</sup>. O voto majoritário do juiz Souter apontou que o juízo recorrido não adotou qualquer providência no sentido de assegurar que “interesses potencialmente conflitantes de categorias de autores

---

<sup>265</sup> Das 407 ações coletivas analisadas pelo Federal Judicial Center, entre 1992 e 1994, apenas 10 tiveram a firmação de subclasses. WILLING, Thomas E.; HOOPER, Loral L.; NIEMIC, Robert J. *Empirical Study of Class Actions in Four Federal District Courts: Final Report to the Advisory Committee on Civil Rules*. Washington, D.C.: Federal Judicial Center, 1996.

<sup>266</sup> 521 U.S. 591 (1997).

<sup>267</sup> Para que o número não engane, é preciso levar em conta que ele equivale a todo o Produto Interno Bruto da Libéria, no ano de 2011, sendo superior ao de 28 outros países no mundo. Uma apreciação das dimensões financeiras do problema do amianto está em EDLEY JR., Christopher F. e WEILER, Paul. Asbestos: A Multi-Billion-Dollar Crisis. In: *Harvard Journal on Legislation*, vol. 30, n. 2, 1993, p. 383-408.

<sup>268</sup> 527 U.S. 815 (1999).



facilmente identificáveis fossem protegidos pela certificação de subclasses”. Ao invés disso, a Corte distrital “se apoiou em percepções *post-hoc*, a partir do resultado da *fairness hearing*, de que essas subclasses de fato tinham sido adequadamente representadas”. Reiterando o entendimento de *Amchem*, a Suprema Corte, em *Ortiz*, considerou que a delimitação de subclasses é uma proteção estrutural da representação adequada. Elas fazem com que a ação mantenha sua legitimação pela identidade de interesses. O representante é legítimo porque, ao proteger seus interesses, protege os da classe, em decorrência de sua homogeneidade. Se existe um distanciamento relevante entre os interesses do representante e os da classe, não se deve indagar se o representante, subjetivamente, é capaz de superar esse afastamento e defender tanto os seus interesses, como os daqueles que com ele são compatíveis, e ainda os interesses incompatíveis. É até possível, como identificou a Corte distrital, que, na análise do caso, se verifique que o representante cumpriu sua missão, mesmo em relação aos interesses divergentes. Mas aceitar essa avaliação significaria abrir mão de uma garantia institucional em um contexto já delicado do ponto de vista do devido processo, o que a Suprema Corte não estava disposta a permitir. Conclui-se que, para a Suprema Corte, representatividade adequada não é algo que se avalia apenas pelo resultado do processo, mas também pela forma como ele foi conduzido. A homogeneidade da classe é um mecanismo institucional de garantia de representatividade adequada. Permitir que ela seja contornada ou ignorada expõe a risco o esquema representativo da *Rule 23*, risco este que não pode ser compensado pela verificação posterior de inocorrência de dano à classe.

A discussão das subclasses foi aprofundada nos casos do MTBE<sup>269</sup>, um aditivo utilizado na gasolina para oxigenação e aumento da taxa de octanagem que foi, posteriormente, apontado como de risco sanitário e ambiental, por sua alta solubilidade em água, combinado com o baixo grau de retenção no solo, atribuindo-lhe elevado potencial para contaminação de lençóis freáticos. Várias ações foram ajuizadas por pessoas com diferentes graus de exposição à substância, a maioria

---

<sup>269</sup> *In re Methyl Tertiary Butyl Ether Prods. Liab. Litig.*, 209 F.R.D. 323 (S.D.N.Y. 2002) é um de uma série de outros casos, que foram reunidos pelo instituto do Multi-district litigation. Muitos casos prosseguem ainda atualmente.

em razão do consumo de água contaminada<sup>270</sup>. Foi detectada a necessidade de se homogeneizar a classe, por intermédio de subclasses, a fim de garantir a representação adequada. O problema é que escolher o critério que determinará os limites da classe ou da subclasse nem sempre é simples. Para figurar em uma ação coletiva, uma classe não precisa ter seus membros determinados, mas há necessidade de que eles sejam determináveis por critérios objetivos (*ascertainability*). Esse requisito não consta expressamente da *Rule 23*, mas é aceito pela jurisprudência como um elemento necessário para a certificação, já que seria inviável aceitar uma ação em que não se pudesse determinar quem está ou não vinculado ao seu resultado, nem quem deve ser notificado<sup>271</sup>. Há decisões, por exemplo, não admitindo ações coletivas em que a determinação da classe dependa de análise de características subjetivas<sup>272</sup> ou investigação do mérito de cada queixa individual<sup>273</sup>. Assim, quando se subdivide a classe em subclasses, também é necessário que o pertencimento a cada uma delas seja objetivamente determinável<sup>274</sup>. Nos casos de MTBE, aceitou-se a utilização do nível de contaminação da água no local como elemento para a identificação da subclasse, porque seria um indicativo objetivo da exposição de cada membro. Mesmo assim, houve diversas decisões contrárias à tentativa de utilização de outros indicadores, tais como a diversidade das reações do organismo humano ao produto ou a dificuldade de manejo efetivo das ações<sup>275</sup>.

<sup>270</sup> Há um relato interessante em GRAVES, Trevor. Methyl Tertiary Butyl Ether (MTBE): a certification problem. In: *Journal of Natural Resources & Environmental Law*, vol. 17, n. 2., 2003, p. 187-198. Ver também RUDLIN, D. Alan (ed.). *Toxic tort litigation*. Chicago: American Bar Association, 2007, p. 437 e ss.

<sup>271</sup> FELDMAN, Joel S.; NEWMAN, Sarah Hughes; SCHUMAKER, Anna C. Ascertainability: an overlooked requirement for class certification. In: *Class Action Litigation report*, 2009, p. 1-5.

<sup>272</sup> Em *Zapka v. Coca-Cola Co.* n. 99 CV 8238 (2000), o juízo não admitiu a definição da classe para incluir todas as pessoas que se sentiram enganadas por uma publicidade da Coca-Cola no sentido de que determinada variedade da bebida não continha sacarina, porque estados de ânimo subjetivos não são elementos aceitáveis para definir uma classe.

<sup>273</sup> Em *Guillory v. American Tobacco Co.*, n. 97 C 8641 (2001), o juízo entendeu que a definição de uma classe com base em respostas individuais a um questionário não seria aceitável. Além disso, conforme já mencionado, em *Eisen v. Carlisle & Jacquelin*, 417 U.S. 156 (1974), a Suprema Corte afirmou que a certificação de uma classe não pode depender da análise do mérito do pedido. Para maiores discussões sobre esse problema, ver. GREER, Marcy Hogan. *A practitioner's guide to class actions*. Chicago: American Bar Association, 2010, p. 153.

<sup>274</sup> WOLFF, Tobias Barrington. Preclusion in class action litigation. In: *Columbia Law Review*, vol. 105, 2005, p. 783.

<sup>275</sup> GRAVES, Trevor. Methyl Tertiary Butyl Ether (MTBE): a certification problem. In: *Journal of Natural Resources & Environmental Law*, vol. 17, n. 2., 2003, p. 197.

Isso mostra como a criação e operação de subclasses é mais complexa do que parece. Pode ser difícil definir a qual subclasse um indivíduo pertence e essa determinação é essencial, uma vez que, como cada uma delas é relativamente independente, é possível que o resultado do processo não seja o mesmo para todas. Em segundo lugar, a representação por advogados distintos reduzirá as possibilidades de acordo e aumentará as despesas do processo, já que outros atores serão envolvidos na negociação e serão pagos separadamente. Os custos de transação decorrentes desse aumento de despesas processuais reduzem a vantagem da demanda agregada<sup>276</sup> e suas possibilidades de ocasionar economias de escala<sup>277</sup>. Finalmente, subclasses podem ser inviáveis em situações que demandem do réu um comportamento uniforme, como nas ações do tipo (b)(2)<sup>278</sup>.

Por essas dificuldades, há autores que propõem que a criação de subclasses só seja determinada em processos cujos valores individuais em jogo e as diferenças entre os membros da classe sejam significativos. Nessas situações, seria possível criar subclasses de acordo com as dimensões do dano sofrido pelos subgrupos, ou buscar como resultado da ação coletiva apenas a criação de um fundo comum, ao qual os membros da classe apresentarão suas queixas individuais no futuro<sup>279</sup>. Na primeira hipótese, o conflito é tratado antes da decisão, enquanto, na segunda, ele se torna irrelevante para a resolução do processo, uma vez que as diferenças alocativas não serão resolvidas nesse momento<sup>280</sup>. O importante é evitar a criação

---

<sup>276</sup> "Because the latter procedures reduce the economies of scale available in aggregate proceedings, judges must use them with caution. Severance and subclassing should generally be used only to address conflicts on central issues or to facilitate the development of issues that, being unique to certain individuals, are unlikely to be addressed otherwise". THE AMERICAN LAW INSTITUTE. *Principles of the Law of Aggregate Litigation*. St. Paul: American Law Institute Publishers, 2010, § 1.05 Ensuring Adequate Representation.

<sup>277</sup> ISSACHAROFF, Samuel. Governance and legitimacy in the law of class actions. In: *The Supreme Court Review*, 1999, p. 337-392.

<sup>278</sup> WOLFF, Tobias Barrington. Preclusion in class action litigation. In: SHERWYN, David (ed.). *Employment class and collective actions*. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2009, p. 383-498. Ver especialmente p. 466-467.

<sup>279</sup> Isso não significa que esse problema vá ser simples de resolver na fase de execução. Sobre esse assunto, ver a interessante experiência de Francis McGovern, relativamente à distribuição de indenizações após a primeira Guerra do Golfo em MCGOVERN, Francis E. *Dispute System Design: The United Nations Compensation Commission*. In: *Harvard Negotiation Law Review*, Vol. 14, n. 1, 2009, p. 171-194.

<sup>280</sup> COFFEE JR., John C. Conflicts, Consent and Allocation after Amchem Products--Or Why Attorneys Still Need Consent to Give Away Their Clients' Money. In: *Virginia Law Review*, vol. 84, n. 8, 1998, p. 1541-1560.

de mecanismos que sejam dispendiosos em relação aos valores devidos aos membros da classe, sobrepondo preocupações processuais ao direito material. Todavia, nas situações em que os membros da classe têm interesses financeiros relevantes e são identificáveis com um esforço razoável, a adoção de subclasses pode evitar ou minorar conflitos, pelo aumento da uniformidade das lesões entre os integrantes de cada uma delas. Tal uniformidade abre caminho para a adoção de instrumentos de participação dos lesados, que não seriam viáveis em sua ausência. Por exemplo, os planos para alocação dos recursos auferidos na ação podem ser submetidos a votação entre os integrantes de cada subclasse<sup>281</sup>. Alternativas desse tipo são de difícil execução se há disparidades entre as situações internas à classe, porque seria necessária a adoção de alguma fórmula de ponderação dos votos, a qual dificilmente seria unânime.

Fica claro, pelos óbices apresentados, que tanto o representante quanto o advogado têm poucos estímulos para propor a subdivisão da classe, se acreditarem que ela poderá ser certificada globalmente. Assim, via de regra, cabe ao juiz a iniciativa de subdividir a classe, sempre que verificar a possibilidade de que sua heterogeneidade comprometa a adequada proteção de todos os interesses<sup>282</sup>. O representante deve compartilhar com cada membro da classe ou da subclasse todos os aspectos principais da lesão que a atinge em razão do litígio<sup>283</sup>. Concretamente, não é fácil para o juiz se desincumbir dessa tarefa, já que a estrutura do processo restringe o seu conhecimento aos dados apresentados pelas partes. Mesmo que ele se interesse em procurar implicações de um conflito que as partes estão satisfeitas em ignorar, é pouco provável que tenha informações para inferir sua existência<sup>284</sup>.

---

<sup>281</sup> Idem, p. 1558.

<sup>282</sup> Em *Eisen v. Carlisle & Jacquelin*, 417 U.S. 156 (1974), o juiz Douglas afirmou: "The power to create a subclass is clear and unambiguous. Who should be included and how large it should be are questions that only the District Court should resolve. Notice to each member of the subclass would be essential under Rule 23 (c) (2); and under Rule 23 (c) (2) (A) any notified member may opt out. There would remain the question whether the subclass suit is manageable. But since the subclass could be chosen in light of the non-manageability of the size of the class whose claims are presently before us, there is no apparent difficulty in that sense".

<sup>283</sup> NOTE. Certifying classes and subclasses in title VII suits. In: *Harvard Law Review*, vol. 99, 1986, p. 619-639.

<sup>284</sup> RHODE, Deborah L. Class Conflicts in Class Actions. In: *Stanford Law Review*, vol. 34, n. 6, 1982, p. 1218.

A dúvida igualmente prevalece em relação ao potencial das subclasses para resolver o problema, levantado em *Amchem* e *Ortiz*, dos litigantes futuros, ou seja, das vítimas que foram expostas a uma situação de risco, mas não desenvolveram doenças. A principal vantagem seria que, ao aumentar o potencial de resolutividade da ação, a subclasse contribuiria para estimular o réu a chegar a um acordo com a classe<sup>285</sup>. Além disso, pragmaticamente, Warshauer<sup>286</sup> observa que, ainda que haja preocupações com o devido processo, a subclasse é provavelmente a única solução para permitir a tutela de doentes futuros. Exigir que eles manifestem os sintomas como condição de ajuizamento da ação seria condená-los ao processo individual ou a uma ação coletiva inútil, pelo esgotamento dos recursos do réu com as demandas anteriores<sup>287</sup>. Em terceiro lugar, a resolução geral desses litígios, com o uso da subclasses, faria com que os recursos estivessem disponíveis assim que os membros da classe necessitassem, sem as delongas de um processo após a manifestação do sintoma, viabilizando, com isso, o tratamento precoce<sup>288</sup>.

Há, contudo, visões menos otimistas. Francis McGovern<sup>289</sup> pondera que, para o réu, tudo é uma questão de se estabelecer o “preço da paz” e o delineamento de subclasses que envolvam litigantes futuros tem pouco a contribuir com esse objetivo. Por exemplo, se elas permitirem ao interessado exercer seu direito de *opt-out* apenas quando estiver efetivamente doente – o que é a única alternativa viável ao

---

<sup>285</sup> Esse efeito é percebido por diversos autores. Ver, por exemplo, WALKER, Laurens. A Model Plan to Resolve Federal Class Action Cases by Jury Trial. In: *Virginia Law Review*, vol. 88, n. 2, 2002, p. 405-446 e RASKOLNIKOV, Alex. Is There a Future for Future Claimants after *Amchem Products, Inc. v. Windsor*? In: *Yale Law Journal*, vol. 107, n. 8, 1998, p. 2545-2582.

<sup>286</sup> WARSHAUER, Samantha Y. When futures fight back: for long- latency injury claimants in mass tort class actions, are asymptomatic subclasses the cure to the disease? In: *Fordham Law Review*, vol. 72, 2004, p. 1219-1282.

<sup>287</sup> Deborah Hensler apontou o fenômeno, em relação ao problema do amianto: HENSLER, Deborah R. Fashioning a National Resolution of Asbestos Personal Injury Litigation: A Reply to Professor Brickman. In: *Cardozo Law Review*, vol. 13, n. 6, 1992, p. 1967-1990. O artigo ao qual a autora responde é BRICKMAN, Lester. The Asbestos Claims Management Act of 1991: A Proposal to the United States Congress. In: *Cardozo Law Review*, Vol. 13, n. 6, 1992, p. 1891-1918. A proposta do autor é apresentar um projeto de lei que pudesse dar encaminhamento ao problema dos litígios relacionados ao amianto, dadas as perplexidades que a solução jurisdicional vinha provocando.

<sup>288</sup> WARSHAUER, Samantha Y. When futures fight back: for long- latency injury claimants in mass tort class actions, are asymptomatic subclasses the cure to the disease? In: *Fordham Law Review*, vol. 72, 2004, p. 1269.

<sup>289</sup> MCGOVERN, Francis E. Settlement of Mass Torts in a Federal System. In: *Wake Forest Law Review*, Vol. 36, n.4, 2001, p. 871-888.

problema da notificação da classe<sup>290</sup> – o réu não terá um verdadeiro encerramento do problema com o acordo. Além disso, é muito provável que, no futuro, todos aqueles que visualizarem a possibilidade de compensação mais vantajosa aleguem, com razoável chance de sucesso, que a representação pretérita foi inadequada e, com isso, se desvinculem da decisão<sup>291</sup>. Finalmente, se uma subclasse já acrescenta problemas a um litígio, uma subclasse de pessoas hipotéticas, muito pouco definidas, representará certamente um desafio ao manejo de qualquer ação coletiva<sup>292</sup>. Há quem sugira, ainda, que a *Rule 23* precisaria ser alterada para atender adequadamente a esse propósito<sup>293</sup>.

Em síntese, subclasses são uma forma de tornar visível um problema, mas não necessariamente de solucioná-lo. Elas não fornecem elementos para se resolver sequer o conflito mais comum, que é a divergência de interesses entre se celebrar um acordo ou prosseguir com o processo para decisão do juiz. Em uma ação do tipo (b)(2), é inútil para o réu fazer acordo com alguns membros da classe, se o processo prosseguir e ele acabar obrigado a adotar conduta diversa em função do julgamento<sup>294</sup>. Mesmo em casos de prestações divisíveis, a criação de subclasses pode significar pouco mais que a imposição de custos ao processo, dificultando que se alcance um dos seus principais objetivos, que é a economia de escala<sup>295</sup>.

---

<sup>290</sup> Como explica Mark Weber, qualquer notificação direcionada a pessoas saudáveis têm pouca probabilidade de ser significativa. WEBER, Mark C. A Consent-Based Approach to Class Action Settlement: Improving *Amchem Products, Inc. v. Windsor*. In: *Ohio State Law Journal*, vol. 59, n. 4, 1998, p. 1155-1222.

<sup>291</sup> Isso efetivamente ocorreu no caso do Agent Orange. Em *Stephenson v. Dow Chem. Co.*, 273 F.3d 249 (2<sup>nd</sup> Cir. 2001), o 2º circuito entendeu que os autores que desenvolveram doenças decorrentes do *agent orange* depois de 1994 – quando se esgotou o prazo de pagamento do acordo – não eram parte da coisa julgada original e, portanto, estavam livres para processar a empresa.

<sup>292</sup> WEDDLE, Daniel M. Settlement Class Actions and Mere-Exposure Future Claimants: Problems in Mass Toxic Tort Liability. In: *Drake Law Review*, vol. 47, n. 1, 1998, p. 113-140.

<sup>293</sup> WOLFFMAN, Brian e MORRISON, Alan B. Representing the Unrepresented in Class Actions Seeking Monetary Relief. In: *New York University Law Review*, vol. 71, 1996, p. 439-513.

<sup>294</sup> WOLFF, Tobias Barrington. Preclusion in class action litigation. In: *Columbia Law Review*, vol. 105, 2005, p. 784. No mesmo sentido, WOOLLEY, Patrick. Rethinking the adequacy of adequate representation. In: *Texas Law Review*, vol. 75, 1997, p. 617.

<sup>295</sup> ISSACHAROFF, Samuel. Governance and legitimacy in the law of class actions. In: *The Supreme Court Review*, 1999, p. 380.

#### 4.3.6 Os ausentes

Uma frase de David Shapiro, ao iniciar um de seus trabalhos, é singularmente eloquente para descrever o desconforto que a ideia de vincular a um processo pessoas que dele não participaram provoca<sup>296</sup>:

Desde o assalto de John Stuart Mill, em seu afamado ensaio *Sobre a Liberdade*, o paternalismo não esteve em boa conta entre os teóricos e na prática da democracia. A ideia de que A, sem consultar B, pode decidir qual é o melhor interesse de B e pode, eventualmente, coagir B a aceitar a sua decisão, foi descrita recentemente como uma racionalidade quase “não-Americana” para qualquer tipo de atividade governamental.

Entretanto, como aponta Samuel Issacharoff, em muitas circunstâncias, o problema não é “se” deve haver um litígio coletivo, mas “como” esse litígio deve ser conduzido<sup>297</sup>, já que não é possível ou, pelo menos, não é conveniente, que diversas ações corram individualmente. A essência de uma ação coletiva é o seu potencial para vincular pessoas que estão ausentes do litígio. Sem isso, ele terá pouca utilidade.

Por outro lado, Martin Redish objeta que o tratamento dos ausentes nas ações coletivas é marcado pelo déficit democrático, não propriamente em razão da ausência, mas por implicar uma mutação da finalidade do processo, que não foi democraticamente autorizada. Em uma ação coletiva, os titulares do direito não tomam a decisão de ajuizar a ação e, muitas vezes, não recebem praticamente nada em razão dela. O processo não é, em qualquer sentido realista, em favor dessas pessoas. Ele funciona para exercer um reforço de legalidade pela atuação de um particular que atua como “caçador de recompensas”, o que não é a função para a qual esse tipo de processo foi originalmente projetado. Assim, o que nasceu para ser um instrumento para a compensação de violações de direitos materiais, é transformado em mecanismo de imposição da lei, sem que isso seja feito pelos canais democráticos adequados. A classe é, para Redish, como um personagem de

---

<sup>296</sup> SHAPIRO, David L. Courts, legislatures and paternalism. In: *Virginia Law Review*, vol. 74, 1988, p. 519-575.

<sup>297</sup> ISSACHAROFF, Samuel. Shocked: Mass Torts and Aggregate Asbestos Litigation after Amchem and Ortiz. In: *Texas Law Review*, vol. 80, n. 7, 2002, p. 1925-1942.

papelão em uma fotografia infantil: ela parece existir em um primeiro momento, mas a análise mais profunda demonstra sua irrerealidade<sup>298</sup>.

Para Richard Nagareda, não há definição doutrinária ou jurisprudencial, nos Estados Unidos, sobre a posição que os ausentes ocupam no processo coletivo. Eles serão vinculados ao resultado do julgamento, têm direito de aparecer em determinados momentos da tramitação, se quiserem, mas, fora isso, não atuam como uma parte atuaria em um processo civil tradicional<sup>299</sup>. Eles não têm a oportunidade de expressar seus objetivos, monitorar a conduta do advogado ou tomar decisões relevantes<sup>300</sup>. É exatamente por essa razão que a *Rule 23* pretendeu criar várias salvaguardas<sup>301</sup>, com o objetivo de compensar a excepcionalidade do desenvolvimento da demanda coletiva. Em primeiro lugar, há uma garantia geral, que é o fato da *Rule 23* estabelecer um processo público, supervisionado por um juiz imparcial, ao qual é determinada conduta mais ativa que o papel tradicionalmente atribuído ao juiz no sistema adversarial norte-americano<sup>302</sup>. Essa, todavia, é uma garantia geral, que existe, em maior ou menor medida, em todos os processos que concernem ao interesse público, de modo que é menos relevante no contexto deste tópico.

<sup>298</sup> REDISH, Martin H. Class Actions and the Democratic Difficulty: Rethinking the Intersection of Private Litigation and Public Goals. In: *University of Chicago Legal Forum*, Vol. 2003, pp. 71-140. "The answer is not that we should be concerned about the individual class members as much as we should be concerned about the fundamental transformation of the underlying substantive law through the purely procedural device of the class action. As a result of the class action procedure, what purports to be a substantive compensatory framework has been furtively transformed into a structure in which no one receives compensation through enforcement of the underlying substantive law. We never know whether the public would approve such a transformation, because it is never informed that such a transformation has been made. It is, then, the impact on the democratic process, rather than the impact on individual class members, that gives rise to concern". (citação p. 78.)

<sup>299</sup> NAGAREDA, Richard. Administering adequacy in class representation. In: *Texas Law Review*, vol. 82, 2003, p. 296.

<sup>300</sup> Apesar disso, em *Devlin v. Scardelletti*, 536 U.S. 1 (2002), a Suprema Corte admitiu que um membro da classe que não é parte no processo tem legitimidade para recorrer da decisão judicial que homologa o acordo.

<sup>301</sup> A expressão é de ERICHSON, Howard M. Beyond the Class Action: Lawyer Loyalty and Client Autonomy in Non-Class Collective Representation. In: *University of Chicago Legal Forum*, 2003, p. 519-580. O autor afirma (p. 524): "In theory, the client in non-class litigation can protect her own interests by stating her objectives, monitoring her lawyer's conduct, and above all, making her own decisions about whether and on what terms to settle. In a class action, absent class members lack the same ability to protect their own interests. Thus, class actions provide a number of procedural safeguards, including judicial supervision of settlement and fees, as well as a requirement of adequate representation: a court certifies the class only if the court is satisfied that the class representatives and class counsel will adequately represent the class as a whole".

<sup>302</sup> CHAYES, Abraham. The role of the judge in public law litigation. In: *Harvard Law Review*, vol. 89, n. 7, 1976, p. 1281-1316.



Existem seis salvaguardas na *Rule 23* voltadas especificamente para a proteção dos terceiros ausentes. A primeira delas é a homogeneidade da classe. Ao determinar que as questões comuns devem prevalecer sobre as individuais, a regra reduziu a possibilidade de que a solução adotada, ao final, seja adequada para alguns dos membros da classe e inadequada para outros, em razão de peculiaridades individuais de seus casos. Essa garantia foi tratada quando se discutiu a delimitação da classe<sup>303</sup>.

A segunda salvaguarda é a exigência de que a lesão sofrida pelo representante seja típica da sofrida pelos demais membros da classe. Se o representante sofreu uma lesão que exemplifica a da classe, é provável que, ao demandar a melhor reparação possível para a sua situação, o que é razoavelmente passível de ser esperado, ele também a obtenha para todos os indivíduos ausentes do processo, reduzindo, assim, a relevância da situação de ausência. Mais que um exemplo do que ocorreu com a classe, a *Rule 23* concebe o representante como um agente pessoalmente motivado a garantir que o processo transcorra com o propósito de obter a maior reparação possível para toda a classe<sup>304</sup>.

A terceira salvaguarda é a exigência de adequação da representação. A classe somente será vinculada pela demanda coletiva se for adequadamente representada ao longo de todo o processo. A inadequação ou ausência de representação impede que a classe seja considerada como submetida à jurisdição e, por isso, vinculada ao resultado do processo. Conforme já se expôs anteriormente, a análise da adequação da representação ocupa um lugar central no pensamento e na jurisprudência das *class actions* nos Estados Unidos e envolve não apenas a figura do representante, mas também os predicados e a atuação do advogado<sup>305</sup>. Eventualmente, essa salvaguarda é complementada pela indicação de um especialista qualificado para a função de *guardian ad litem*, o equivalente a um curador especial, para defender especificamente os direitos dos membros ausentes, fiscalizando a atuação do representante e de seu advogado<sup>306</sup>.

---

<sup>303</sup> Ver supra, item 4.3.1.

<sup>304</sup> Ver supra, item 4.3.2.

<sup>305</sup> Ver supra, item 4.3.4

<sup>306</sup> Sobre essa questão, ver KLEMENT, Alon. Who Should Guard the Guardians? A New Approach for Monitoring Class Action Lawyers. In: *The Review of litigation*, vol. 21, 2002, p. 25-82; GREEN, Eric D.

A quarta salvaguarda é a realização de audiências públicas prévias à homologação de qualquer acordo pelo juiz. Nas chamadas *fairness hearings*, qualquer membro da classe pode apresentar objeções ao acordo celebrado, em sua totalidade ou relativamente a cláusulas específicas. Essas objeções devem ser consideradas e decididas pelo juiz, antes da homologação final do acordo.

A quinta salvaguarda é o direito de ter ciência dos fatos do processo, que incide em variadas ocasiões, por intermédio de notificações dirigidas aos integrantes da classe. A expedição de notificação quanto à certificação da classe aos indivíduos envolvidos no litígio é obrigatória para as ações do tipo (b)(3) e facultativa para as ações do tipo (b)(1) e (b)(2), a critério do juízo. Com isso se assegura que os membros ausentes possam acompanhar o trabalho do representante e do advogado, informando-se dos eventos relevantes da ação para, se for o caso, apresentar objeções ao juiz durante a *fairness hearing*. Além disso, o juízo também pode, em qualquer das três modalidades de ação, determinar a notificação de alguns membros da classe, para que avaliem a adequação da representação exercida e intervenham no processo. Finalmente, caso haja acordo, deve ser dirigida informação sobre sua celebração a todos os membros da classe que serão vinculados, independentemente da modalidade da ação intentada.

A sexta salvaguarda é o *opt out*. Todos os membros de uma classe do tipo (b)(3) que forem identificáveis por um esforço razoável devem ser notificados pessoalmente da existência do processo. A notificação deve conceder-lhes prazo para optar por não se vincular ao seu resultado, reservando-se, com isso, a possibilidade de ajuizamento de ação individual. Além disso, caso haja acordo, deve ser dada a todos os membros da classe nova oportunidade de *opt out*, agora já com o conhecimento de qual será a prestação que lhes cabe, de acordo com a decisão coletiva.

Todas essas salvaguardas, todavia, enfrentaram inúmeros problemas ao longo dos quase cinquenta anos passados desde a nova redação da *Rule 23*. Entretanto, antes de abordar as desvantagens dos ausentes, é preciso dirigir uma consideração

às vantagens que um processo coletivo outorga a essas pessoas. Da perspectiva do sistema jurídico, tais vantagens já foram tratadas e são bastante óbvias: permite-se que sejam litigadas causas que não existiriam em outras circunstâncias e se contribui para que a gestão do Poder Judiciário, enquanto serviço público, seja mais efetiva. Mas há pontos positivos também da perspectiva do indivíduo. Primeiramente, quando se enfocam os acordos, o poder de barganha do indivíduo isolado é significativamente menor que o de um grande grupo. Além disso, a classe tem mais facilidade em mobilizar recursos para a produção de provas, muitas vezes complexas. Terceiro, reduz-se o risco de que um litigante isolado obtenha reparações altas o bastante para comprometer a reparação dos demais (evitando-se a lógica do *first-come, first served*). Quarto, em relação aos custos, ainda que uma parte da soma recuperada vá custear o processo, o que, em última instância, é subtraído do ganho dos ausentes, estes ficam isentos dos custos imateriais e de oportunidade envolvidos no processo, já que não são obrigados a comparecer em qualquer ocasião ou ato processual<sup>307</sup>. Além disso, embora as evidências empíricas sejam limitadas, a doutrina, de modo geral, entende que, ainda que as despesas e honorários sejam elevados em ações coletivas, eles seriam globalmente mais altos se todos os ausentes litigassem individualmente<sup>308</sup>.

Feita essa observação, com o objetivo de esclarecer que as ações coletivas de fato proporcionam vantagens também aos ausentes, interessa analisar os problemas e limites da aplicação das seis salvaguardas processuais, identificadas na *Rule 23*, especificamente para protegê-los. As três primeiras (homogeneidade, tipicidade e representatividade adequada) já foram abordadas anteriormente. Ainda resta tratar do direito de ser notificado, do *opt-out* e das audiências de justificação.

---

<sup>307</sup> MCGOVERN, Francis E. Resolving mature mass tort litigation. In: *Boston University Law Review*, vol. 69, 1989, p. 659-694.

<sup>308</sup> Nesse sentido, ISSACHAROFF, Samuel. Administering damage awards in mass-tort litigation. In: *The review of litigation*, vol. 10, 1991, p. 463-494.

#### 4.6.3.1 Notificação, *opt-out* e *day in court*

Quando se tratou da garantia do devido processo legal<sup>309</sup>, explicitou-se a importância atribuída, pelo ordenamento jurídico norte-americano, ao direito que assiste ao indivíduo de ser cientificado da existência de uma demanda na qual seus interesses estejam envolvidos, identificada no binômio “*notice and hearing*”. As ações coletivas, a toda evidência, representam restrição dessa garantia. Como diz Issacharoff, “uma *class action*, quando tudo o mais é posto de lado, não passa de um mecanismo processual criado pelo Estado para extinguir demandas individuais bem longe do ideal do *day in court*”<sup>310</sup>. Um dos mecanismos utilizados pela *Rule 23* para atenuar esse problema foi a previsão de notificação dos membros da classe. Ao ser notificado, o indivíduo, mesmo que não tenha propriamente o direito de controlar os rumos do processo, como teria em uma demanda individual, poderá acompanhar os acontecimentos, opor-se à certificação da classe ou à atuação do representante, dirigindo petições ao juiz ou apresentando objeções durante a *fairness hearing*. O *ALI Principles on the Law of Aggregate Litigation* entende que a notificação determinada pelo juízo é complementada pela atuação do advogado, que deverá valer-se dos meios tecnológicos adequados, como e-mails ou websites, para dar ciência à classe dos eventos mais importantes do processo. A premissa do raciocínio é a de que toda a classe é o cliente e, como tal, tem direito de receber qualquer informação necessária à tomada de decisões concernentes ao conflito<sup>311</sup>.

Esse, entretanto, é o que poderia ser denominado “sentido fraco” da notificação. Isso porque, nas ações em que a *Rule 23* não oportuniza o *opt-out*, que são as do tipo (b)(1) e (b)(2)<sup>312</sup>, a notificação fica a critério do juiz, conforme se extrai da leitura de

<sup>309</sup> V. supra, Capítulo 3.

<sup>310</sup> ISSACHAROFF, Samuel. Preclusion, due process, and the right to opt out of class actions. In: *Notre Dame Law Review*, vol. 77, n. 4, 2002, p. 1057-1081. Citação p. 1058.

<sup>311</sup> THE AMERICAN LAW INSTITUTE. *Principles of the Law of Aggregate Litigation*. St. Paul: American Law Institute Publishers, 2010.

<sup>312</sup> Apesar de não expressamente previsto, algumas cortes autorizaram o *opt-out* também para indivíduos membros de classes certificados sob as categorias (b)(1) e (b)(2), mas se trata de casos isolados. Ver EISENBERG, Theodore e MILLER, Geoffrey. The Role of Opt-outs and Objectors in Class Action Litigation: Theoretical and Empirical Issues. In: *Vanderbilt Law Review*, vol. 57, n. 5, 2004, p. 1536.

(c)(2)(A)<sup>313</sup>. Issacharoff justifica essa previsão argumentando que, nesses casos, não existe um direito individual independente dos demais, igualmente envolvidos no litígio. O exemplo do autor é a dessegregação escolar. Não há como imaginar um direito individual, independente do direito dos demais alunos, de se estudar em uma escola não segregada<sup>314</sup>. Por isso, a pretensão de controle individual do processo, por cada um dos envolvidos no problema concreto, é fraca. Antes da decisão da Suprema Corte em *Eisen*, já referida, alguns tribunais entenderam que o direito de notificação se estendia também aos membros da classe nas ações de tipo (b)(1) e (b)(2), como consequência da garantia do devido processo legal<sup>315</sup>. Academicamente, mesmo depois desse precedente, autores apontaram que permitir que alguém seja vinculado a um processo que sequer sabe que existiu é “patentemente injusto” e, por isso, acarretaria violação ao devido processo legal<sup>316</sup>. Por essa razão, propunha-se que os indivíduos que não foram notificados de uma ação coletiva, em qualquer de suas modalidades, não estivessem vinculados a seu resultado<sup>317</sup>. Além disso, aponta Yeazell<sup>318</sup>, a norma escolheu exigir notificação na hipótese em que é menos provável que haja conflito entre os membros da classe, já que todos certamente querem a maior reparação financeira possível, e deixou de fora a situação mais conflituosa, que são as ações do tipo (b)(2), em que a decisão sobre a forma como se pretende que o réu passe a atuar será provavelmente polêmica entre os próprios membros da classe. Essas ideias, contudo, não

<sup>313</sup> Cabe recordar, todavia, que a notificação se torna obrigatória, em todas as modalidades, caso a ação seja resolvida por acordo, nos termos da Rule 23(e) (1) “The court must direct notice in a reasonable manner to all class members who would be bound by the proposal”. Isso acaba não sendo tão problemático como a primeira notificação porque, nesse momento, as partes poderão incluir no acordo a resolução do dilema mais grave, que é quem vai arcar com o custo desse procedimento. No momento da certificação, o ônus, como disse a Suprema Corte, é do representante da classe e de seu advogado.

<sup>314</sup> ISSACHAROFF, Samuel. Preclusion, due process, and the right to opt-out of class actions. In: *Notre Dame Law Review*, vol. 77, n. 4, 2002, p. 1059. Esse problema tem outras complexidades que fogem ao escopo do trabalho de Issacharoff, que serão retomadas a seguir.

<sup>315</sup> Ver WASSERMAN, Rhonda. *Procedural due process: a reference guide to the United States Constitution*. Westport: Praeger Publishers, 2004, p. 150.

<sup>316</sup> GRANT, Maximilian A. The Right Not to Sue: A First Amendment Rationale for Opting Out of Mandatory Class Actions. In: *University of Chicago Law Review*, Vol. 63, n. 1, 1996, p. 239-274.

<sup>317</sup> WEBER, Mark C. Preclusion and Procedural Due Process in Rule 23(b)(2) Class Actions. In: *University of Michigan Journal of Law Reform*, vol. 21, n. 3, 1988, p. 347-414. No mesmo sentido, afirmando que um mínimo contato com a causa e com o advogado é essencial em qualquer modalidade de *class action*, COTTREAU, Steven T. O. The Due Process Right to Opt out of Class Actions. In: *New York University Law Review*, vol. 73, n. 2, 1998, p. 480-528.

<sup>318</sup> YEAZELL, Stephen C. *From medieval group litigation to the modern class action*. New Haven: Yale University Press, 1987, p. 252.

encontraram eco na jurisprudência mais recente, nem nas alterações da *Rule 23* que se seguiram. O juiz pode determinar a notificação nas ações coletivas de tipo (b)(1) ou (b)(2), mas, se não o fizer, não há prejuízo para o seu efeito vinculante.

No sentido forte, o papel da notificação é permitir que o indivíduo exerça seu direito de *opt-out*, nas ações do tipo (b)(3). Aqui existem direitos individuais claramente independentes e passíveis de serem litigados individualmente, por isso há preocupação em se deixar para cada envolvido a prerrogativa de optar pelo caminho que considere melhor para buscar tutela dos seus direitos<sup>319</sup>. Por essa razão, a *Rule 23* (c)(2)(B) determina a obrigatoriedade da notificação aos ausentes e minudencia seus requisitos. Ela deve ser dirigida individualmente, da melhor forma possível, de acordo com as circunstâncias, a todos os membros que puderem ser identificados por intermédio de um esforço razoável. Deve, de modo claro e conciso, com linguagem simples e direta, descrever a natureza da ação, a definição da classe certificada, seus pedidos, a possibilidade de que qualquer membro intervenha no processo, o direito de pedir a exclusão dos efeitos da decisão, o tempo e modo para solicitar essa exclusão e o efeito vinculante que decorrerá do não exercício dessa opção. Na prática, todo o plano de notificação, incluído o conteúdo do instrumento e a estratégia de envio, tem sido desenvolvido por empresas especializadas, contratadas pelas partes<sup>320</sup>.

A Suprema Corte se defrontou com o problema da notificação, no contexto das *class actions*, em *Eisen v. Carlisle & Jacquelin*<sup>321</sup>, ação que buscava indenização por fraudes praticadas por corretores de valores mobiliários que negociavam na bolsa de Nova York. A classe, identificada entre os clientes das empresas rés em um período de quatro anos, era composta por 2,4 milhões de pessoas, perfeitamente individualizáveis a partir dos arquivos das rés. O problema a ser equacionado era o custo. Ninguém se oporia à necessidade de notificação, não fosse o montante de

---

<sup>319</sup> EPSTEIN, Richard A. Class Actions: Aggregation, Amplification, and Distortion. In: *The University of Chicago Legal Forum*, 2003, p. 475-518. Na p. 510 o autor afirma: "For individual class members, the loss of the option to get out of the class has to count as a real drawback: after all, all options have some positive value, and the control of one's own litigation cannot be regarded as a small detail within the overall scheme of civil procedure".

<sup>320</sup> Uma das principais é a Hilsoft Notifications, que informa, em seu site (<<http://www.hilsoft.com>>), atuar nesse segmento há 17 anos.

<sup>321</sup> 417 U.S. 156 (1974).

despesas que ela significa. No caso, em valores de 1974, o custo da notificação individual foi estimado em US\$ 225 mil, o que inviabilizaria o processo. Por essa razão, o juízo distrital adotou uma solução alternativa: realizou uma audiência preliminar e concluiu que a pretensão dos autores tinha mais chances de prevalecer em um julgamento. Em consequência disso, determinou que os réus arcassem com 90% do custo das notificações. Além disso, considerando o baixo valor a que cada membro da classe teria direito (aproximadamente US\$ 70), o juiz entendeu que a possibilidade de que alguém optasse por ajuizar uma ação individual era limitada e permitiu que parte das notificações fosse feita mediante publicação, mesmo para membros determináveis da classe<sup>322</sup>.

A decisão foi cassada pela Corte de Apelações e houve recurso para a Suprema Corte, a qual afirmou que todas essas posturas do juízo distrital estavam equivocadas. O juiz não pode realizar um pré-julgamento do mérito dos pedidos para embasar decisões interlocutórias, motivo pelo qual todos os integrantes da classe, identificáveis com um esforço razoável, têm o direito de receber notificação pessoal e o ônus de arcar com o custo dele decorrente, seja qual for, não pode ser imposto ao réu<sup>323</sup>. O direito de ser notificado constitui garantia autônoma do membro da classe, não podendo ser suprido pela adequação da representação. Tal entendimento foi reiterado em *Phillips Petroleum Co. v. Shutts*<sup>324</sup>, dessa vez com referência expressa de que esse direito encontra alicerce constitucional no devido processo legal<sup>325</sup>, pelo menos no contexto de ações do tipo (b)(3).

---

<sup>322</sup> Com mais exatidão, o esquema era o seguinte: "The district court therefore directed that individual notice be mailed to the 2,000 or more class members who had had ten or more transactions during the relevant period, to 5,000 others randomly chosen from the approximately 2,000,000 readily identifiable members of the class, and to all member firms of the New York Stock Exchange and all commercial banks with large trust departments. In addition, quarter-page ads were to be placed once each month for two consecutive months in the Wall Street Journal and in four other newspapers" Isso reduziria o custo da notificação para aproximadamente US\$ 22 mil. Ver NOTE. Managing the Large Class Action: Eisen v. Carlisle & Jacquelin. In: *Harvard Law Review*, vol. 87, n. 2, 1973, p. 426-457. Citação p. 431-432.

<sup>323</sup> "The express language and intent of Rule 23(c)(2) leave no doubt that individual notice must be sent to all class members who can be identified through reasonable effort. Here there was nothing to show that individual notice could not be mailed to each of the two and a quarter million class members whose names and addresses were easily ascertainable, and, for these class members, individual notice was clearly the "best notice practicable" within the meaning of Rule 23(c)(2)".

<sup>324</sup> 472 U.S. 797 (1985).

<sup>325</sup> "The Due Process Clause requires notice, an opportunity to appear in person or by counsel, an opportunity to "opt out," and adequate representation. It does not require that absent class members affirmatively "opt in" to the class, rather than be deemed members of the class if they did not "opt out."

Notificar pessoas identificadas pode ter dificuldades que vão além do custo. A doutrina tem atentado para o fato de que, atualmente, as pessoas mudam de residência e de trabalho mais do que acontecia em outros momentos da história, o que frustra notificações que poderiam parecer simples de se realizar. Em contextos específicos, tais como as ações em favor de vítimas de grandes desastres, esse problema é ainda maior, dada a possibilidade de que a mudança componha uma necessidade de sobrevivência<sup>326</sup>. De todo modo, o que se exige não é que todos recebam a notificação, mas a condução de esforços orientados pelo critério do “desejo de efetivamente informar”, mantendo as falhas dentro de um limite razoável, que varia de acordo com as peculiaridades do litígio<sup>327</sup>.

Em relação aos membros não identificados da classe – esta precisa ser identificável, mas não necessariamente identificada – os tribunais já autorizaram variadas formas de notificação, sendo as mais comuns a publicação de avisos em jornais e, atualmente, a criação de websites<sup>328</sup>. São também conhecidas notificações por anúncios em rádio e televisão<sup>329</sup> e até mesmo um inusitado caso em que a

---

The procedure followed by Kansas, where a fully descriptive notice is sent by first-class mail to each class member, with an explanation of the right to "opt out," satisfies due process".

<sup>326</sup> HILSEE, Todd B.; INTREPIDO, Gina M.; WHEATMAN, Shannon R. Hurricanes, Mobility, and Due Process: The Desire-to-Inform Requirement for Effective Class Action Notice Is Highlighted by Katrina. In: *Tulane Law Review*, vol. 80, 2006, p. 1771-1808.

<sup>327</sup> Em *Jones v. Flowers*, 547 U.S. 220 (2006), a Suprema Corte afirmou: “It is unlikely that a person who actually desired to inform an owner about an impending tax sale of a house would do nothing when a certified letter addressed to the owner is returned unclaimed. The sender would ordinarily attempt to resend the letter, if that is practical, especially given that it concerns the important and irreversible prospect of losing a house. The State may have made a reasonable calculation of how to reach Jones, but it had good reason to suspect when the notice was returned that Jones was no better off than if no notice had been sent”.

<sup>328</sup> Ver, por exemplo, <<http://www.deepwaterhorizonsettlements.com>> , relativo ao vazamento de óleo de responsabilidade da British Petroleum no Golfo do México, em 2010; <<https://www.paymentcardsettlement.com/en>> , relativo a cobrança excessiva de taxas de transações em cartão de crédito; <<https://www.toyotaelsettlement.com>> , relativo a perdas decorrentes de defeitos em veículos Toyota, Scion e Lexus; <<http://www.microsoftcalsettlement.com>>, relativo a violações de software cometidas pela Microsoft; <<http://www.attthirdpartybillingsettlement.com>> , atinente a cobrança efetuadas por terceiros nas contas telefônicas da AT&T; <<http://www.settlementdietdrugs.com/index.asp>> , atinente ao acordo dos efeitos colaterais da interação medicamentosa conhecida como fen-phen, duas substâncias utilizadas no combate à obesidade. No Canadá, <[http://www.residentialschoolsettlement.ca/english\\_index.html](http://www.residentialschoolsettlement.ca/english_index.html)> , relativo a compensação por abusos cometidos em escolas contra crianças indígenas.

<sup>329</sup> Enquanto o autor deste trabalho realizava sua pesquisa nos Estados Unidos, eram recorrentes os anúncios televisivos relativos a litígios coletivos em assuntos médicos, especialmente implantes transvaginais e efeitos colaterais do remédio Risperdal, que causaria o crescimento de tecido mamário em homens. Ao contrário dos sites mencionados na nota anterior, que são aprovados pelas próprias cortes que conduziram as ações coletivas, esses eram anúncios pagos por advogados interessados na representação de indivíduos para reclamar direitos perante fundos já constituídos. É



notificação foi impressa em caixas de leite<sup>330</sup>. Há precedentes no sentido de que as notificações devem ser dirigidas em idioma adequado à compreensão do destinatário<sup>331</sup>.

O potencial da internet para melhorar a qualidade do processo coletivo, em relação à disponibilização de informações aos ausentes, vem sendo celebrado pela doutrina<sup>332</sup>, aceito e utilizado na jurisprudência<sup>333</sup>. Todavia, em nenhum caso analisado o juiz autorizou que a notificação fosse feita exclusivamente por meios eletrônicos, embora haja quem argumente que, dependendo de quem forem os membros da classe, essa forma de notificação seja, além de mais barata, mais eficaz que o envio de correspondência<sup>334</sup>. Nesse ponto, ainda prevalece a posição mais conservadora. O próprio *Manual for Complex Litigation* afirma que a internet é “útil para suplementar as notificações individuais”<sup>335</sup>, sendo, portanto, ferramenta acessória. Mas pode ser que a resistência venha a ser enfraquecida pela prática,

---

bom lembrar que as regras para a publicidade de advogados nos Estados Unidos são muito liberais, em sentido diametralmente oposto ao que ocorre no Brasil. Assim, o interesse econômico dos advogados acarreta o efeito colateral benéfico de contribuir para que os indivíduos tomem conhecimento de seus direitos.

<sup>330</sup> *In Re Arizona Dairy Prods.*, 1975, referido por WASSERMAN, Rhonda. *Procedural due process: a reference guide to the United States Constitution*. Westport: Praeger Publishers, 2004, p. 151.

<sup>331</sup> O site que anuncia o acordo relacionado à cobrança excessiva pelas empresas de cartão de crédito, <<https://www.paymentcardsettlement.com/en>>, tem versões em oito idiomas distintos.

<sup>332</sup> KLONOFF, Robert H.; HERRMANN, Mark; HARRISON, Bradley W. Making Class Actions Work: The Untapped Potential of the Internet. In: *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 69, n. 4, 2008, p. 727-768.

<sup>333</sup> Além dos sites já mencionados, ver *In re Briscoe*, 448 F.3d 201, (3d Cir. 2006), caso em que foi determinada a publicação de anúncios pagos, em websites de grande tráfego, divulgando o resultado da ação e redirecionando os membros da classe para o site oficial.

<sup>334</sup> GINSBERG, Jordan B. Class Action Notice: The Internet's Time Has Come. In: *University of Chicago Legal Forum*, 2003, p. 739-772. O autor aponta a incoerência de situações como a de *In Re Compact Disc Minimum Advertised Price Antitrust Litigation*, 292 F. Supp.2d 184 (D. Maine 2003), processo no qual distribuidores de CDs foram acusados de violações à concorrência que elevaram artificialmente o preço do produto entre 1995 e 2000. Cada comprador teria direito a receber aproximadamente US\$ 20, dependendo de quantos membros da classe se apresentassem. Embora o pedido do valor pudesse ser feito via internet, toda a campanha de divulgação para os membros da classe se deu pela publicação de anúncios em jornais e revistas impressos.

<sup>335</sup> FEDERAL JUDICIAL CENTER. *Manual for complex litigation*. 4<sup>th</sup> ed., p. 288: “Posting notices on dedicated Internet sites, likely to be visited by class members and linked to more detailed certification information, is a useful supplement to individual notice, might be provided at a relatively low cost, and will become increasingly useful as the percentage of the population that regularly relies on the Internet for information increases. An advantage of Internet notice is that follow-up information can easily be added, and lists can be created to notify class members of changes that may occur during the litigation. Similarly, referring class members to an Internet site for further information can provide complete access to a wide range of information about a class settlement. Many courts include the Internet as a component of class certification and class settlement notice programs”.

como eloquentemente demonstra o caso *Benjamin Careathers v. Red Bull North America, Inc.*<sup>336</sup>. O caso versava sobre possíveis violações da empresa ré na publicidade e rotulagem de produtos, as quais induziriam os consumidores a erro quanto a suas propriedades. Foi firmado um acordo no qual os membros da classe que adquiriram a bebida energética, desde o ano 2002, pudessem receber US\$ 10,00 em dinheiro ou US\$ 15,00 em produtos da marca, à sua escolha. Não havia necessidade de comprovação da compra, mas apenas de assinatura de uma declaração, sob pena de perjúrio. Foi criado um website para divulgar o acordo<sup>337</sup> e ele foi objeto de uma postagem no site *BuzzFeed*. Em poucos dias, a postagem havia sido visualizada 4,6 milhões de vezes e o site do acordo recebeu tantas visitas que chegou a sair do ar<sup>338</sup>. Nenhuma campanha tradicional, com o uso de correspondência, poderia esperar alcançar um público tão elevado. O único ponto negativo do sucesso é que o valor total disponível para os membros da classe era limitado a US\$ 13 milhões. Se o número de interessados viesse a ser superior ao previsto, o valor pago a cada um seria reduzido proporcionalmente<sup>339</sup>.

Um problema recorrentemente verificado, em relação aos websites de comunicação com a classe, mas que é oponível às demais formas de comunicação, é que eles passam a existir apenas na fase de certificação, quando, conforme demonstrado, as negociações de um acordo já podem estar adiantadas ou mesmo concluídas. Isso é compensado, ainda que não inteiramente, pela existência de sites independentes, especializados em registrar os processos coletivos pendentes, tanto com o objetivo de conquistar clientes entre os membros da classe, quanto em razão dos ganhos com publicidade<sup>340</sup>. Atualmente, nos Estados Unidos, se alguém tiver interesse em

<sup>336</sup> United States District Court for the Southern District of New York, Case No. 1:13-CV-00369 (KPF). O caso foi reunido a *Wolf, et al. v. Red Bull GmbH, et al.*, Case No. 1:13-CV-08008 (KPF).

<sup>337</sup> <<http://www.energydrinksettlement.com>>. Acesso em 18.11.14.

<sup>338</sup> <<http://time.com/money/3484564/red-bull-settlement-ruined/>>. Acesso em 18.11.14.

<sup>339</sup> No momento em que a presente tese era escrita, o prazo para solicitação da indenização ainda estava aberto e não tinha ocorrido a aprovação final do acordo pelo juízo competente. O acordo também prevê mudanças na rotulagem e na política de marketing da empresa, como forma de sanar a fonte da ilicitude. Para os três autores nomeados, há previsão de pagamento de *incentive awards* da ordem de US\$ 5 mil e, para os advogados da classe, a título de despesas e honorários, US\$ 4, 75 milhões.

<sup>340</sup> Por exemplo, <[www.consumer-action.org/lawsuits/](http://www.consumer-action.org/lawsuits/)>; <[www.classactionsnews.com/](http://www.classactionsnews.com/)>; <[www.topclassactions.com/](http://www.topclassactions.com/)>; <<https://www.bigclassaction.com/>>. Acesso em 7.11.14.

saber se existe uma ação coletiva sobre determinado assunto, pendente ou concluída, é provável que consiga fazê-lo pela internet.

Ainda no que tange ao momento em que a notificação deve ser realizada, inicialmente, a *Rule 23* determinava, para as ações do tipo (b)(3), que ela fosse expedida assim que a classe obtivesse a certificação, de modo que o *opt-out* representava a assunção de um certo risco: o notificado deveria optar por permanecer ou não na ação coletiva antes de conhecer seu resultado. Em 2003, a nova redação da *Rule 23* (e)(1) passou a prever que uma segunda notificação deve ser emitida, depois que as partes chegarem a um acordo, viabilizando uma segunda oportunidade de *opt-out*, agora com conhecimento do acordado. Antes da mudança, diversos autores defendiam que o direito de *opt-out* deveria ser exercido após o acordo e não no início do processo<sup>341</sup>. A ideia era a de que o membro da classe pudesse fazer uma escolha informada entre aceitar ou não a resolução final da lide, como qualquer parte em um processo individual. Depois da alteração, todavia, outros pensadores apontaram que tal objetivo poderia ser alcançado simplesmente estendendo o prazo de *opt-out* para depois do acordo, sem necessidade de nova notificação, evitando, assim, a geração de custos processuais<sup>342</sup>. Além disso, o *opt-out* posterior ao acordo altera as condições de negociação, já que as partes terão menos parâmetros para estimar o número de pessoas abrangidas. A comissão responsável pela proposta, em seu relatório final, entendeu que assegurar a justiça nas ações coletivas superaria quaisquer potenciais perdas de eficiência.

Independentemente do momento em que ocorra, o *opt-out* exerce várias funções no processo. O direito de não ser vinculado a uma ação coletiva é uma salvaguarda teoricamente importante para uma concepção de devido processo legal enquanto direito ao seu próprio *day in court*. Se alguém realmente prefere litigar sua demanda individualmente, provavelmente por julgar que poderá alcançar melhores resultados, terá possibilidade de, imotivadamente, se recusar a ser vinculado ao processo

<sup>341</sup> Em 1996, George Rutherglen defendeu exatamente o que viria a ser o texto da nova regra em RUTHERGLEN, George. Better late than never: notice and opt out at the settlement stage of class actions. In: *New York University Law Review*, vol. 71, 1996, p. 258-295. Em sentido similar, MILLER, Geoffrey P. Rethinking certification and notice in opt-out class actions. In: *UMKC Law Review*, vol. 74, n. 3, 2006, p. 637-650.

<sup>342</sup> RIVLIN, Kenneth S. e POTTS, Jamaica D. Proposed rule changes to federal civil procedure may introduce new challenges in environmental class action litigation. In: *Harvard Environmental Law Review*, vol. 23, 2003, p. 519-542.

coletivo<sup>343</sup>. Em termos teóricos, a Suprema Corte já afirmou que o *opt-out* exerce papel fundamental relativamente à garantia do devido processo legal. Ao receber a notificação e deixar de exercer o direito, pode-se presumir que o membro da classe aceita a decisão que decorrer do processo<sup>344</sup>. Assim, o *opt-out* ajuda a lidar com a dificuldade democrática do processo coletivo.

O *opt-out* também tem a função geral de servir de indicador de performance e motivador do representante. Se ele atua mal, é possível, teoricamente, que muitas pessoas exerçam essa opção, o que sinalizaria o problema ao juiz, aliviando sua responsabilidade como fiscal da adequação da representação<sup>345</sup>. Além disso, o aumento do número de *opt-outs* pode fazer com que um acordo proposto acabe inviabilizado, sendo conhecidas cláusulas que firmaram limites quantitativos de exclusão, sob pena de ineficácia da negociação<sup>346</sup>. Em outras situações, buscou-se dificultar o exercício da opção, por exemplo, impondo aos que pretendem se excluir o risco de ficarem em situação pior ou mesmo de nada receberem<sup>347</sup>.

Pragmaticamente, todavia, esse procedimento de notificação e *opt-out* acarreta diversas dificuldades, algumas das quais já foram delineadas. Em primeiro lugar, a notificação é financeiramente onerosa. A pesquisa de campo realizada por Deborah Hensler *et al.* dá elementos mais que suficientes quanto a essa onerosidade. No caso *Roberts v. Bausch & Lomb.*, litígio relativo ao preço excessivo de lentes de contato, a impossibilidade de se identificar compradores individuais do produto fez com que o juízo determinasse a notificação a eles apenas por publicação. Mesmo assim, ela custou US\$ 118 mil. No mesmo caso, ainda foram enviadas cartas a 13 mil vendedores de lentes, ao custo de mais US\$ 30 mil. No caso *Pinney v. Great Western*, relacionado a publicidade bancária enganosa, que causou prejuízos a

<sup>343</sup> Essa é a concepção mais tradicional. Já houve quem sugerisse que o direito de *opt-out* deveria ser condicionado à exposição de uma boa razão. FRIEDMAN, Mark W. Constrained Individualism in Group Litigation: Requiring Class Members to Make a Good Cause Showing before Opting Out of a Federal Class Action. In: *Yale Law Journal*, vol. 100, n. 3, 1990, p. 745-764.

<sup>344</sup> Nesse sentido, *Phillips Petroleum Co. v. Shutts*, 472 U.S. 797, 812-14 (1985).

<sup>345</sup> BRONSTEEN, John; FISS, Owen. The class action rule. In: *Notre Dame Law Review*, vol. 78, n. 5, 2003, p. 1419-1453.

<sup>346</sup> EISENBERG, Theodore e MILLER, Geoffrey. The Role of Opt-outs and Objectors in Class Action Litigation: Theoretical and Empirical Issues. In: *Vanderbilt Law Review*, vol. 57, n. 5, 2004, p. 1538.

<sup>347</sup> NAGAREDA, Richard A. Closure in Damage Class Settlements: The Godfather Guide to Opt-out Rights. In: *The University of Chicago Legal Forum*, 2003, p. 141-176.

investidores, foram enviadas 112 mil cartas e realizadas diversas publicações, tudo ao custo de US\$ 138 mil<sup>348</sup>. Quando se leva em conta que o custo das notificações é suportado pelo advogado dos representantes, que será, ao final, reembolsado, é correto afirmar que esse custo será deduzido dos valores que serão pagos à classe. Logo, os indivíduos que sofreram a lesão custeiam o sistema de notificações<sup>349</sup> e ele parece ainda mais oneroso quando se compara o número de notificações expedidas e o seu custo com o baixíssimo índice de *opt-outs* efetivamente exercidos. Em *Pinney*, 450 pessoas exerceram o direito e em *Bausch*, 103<sup>350</sup>.

Em segundo lugar, a qualidade do *opt-out* é condicionada pela qualidade da notificação. A *Rule 23*, sufragada pela jurisprudência, exige notificação de todas as pessoas que forem identificáveis por um esforço razoável. Mas ela não exige notificação de todos os titulares do direito, nem os isenta dos efeitos da ação, caso não tenham sido efetivamente notificados. Assim, mesmo em uma ação do tipo (b)(3), alguém pode ser validamente vinculado ao resultado de um processo coletivo, sem nunca ter tido a oportunidade de considerar o contrário<sup>351</sup>. O *opt-out* é uma garantia sistêmica, mas não é, necessariamente, uma garantia individual.

Em terceiro lugar, como apontam Hensler *et al.*, o ausente, na maioria dos casos, não tem informação suficiente para tomar uma decisão adequadamente informada. Na notificação feita após a certificação, o resultado do litígio não é conhecido e será praticamente impossível que uma pessoa avalie, abstratamente, seus possíveis resultados, para compará-los aos possíveis resultados de um litígio individual. Na redação atual, a *Rule 23* incluiu uma segunda oportunidade de *opt-out*, após a

<sup>348</sup> HENSLER, Deborah et al. *Class Action Dilemmas: Pursuing Public Goals for Private Gain*. Santa Monica: RAND, 2000, p. 145 e ss.

<sup>349</sup> Nos Estados Unidos, não existe previsão legal para que o sucumbente pague as despesas processuais. A regra geral é a de que cada parte arca com os seus custos. Ver HENSLER, Deborah. Financing civil litigation: the US perspective. In: TULL, Mark e VISSCHER, Louis (eds.). *New Trends in Financing Civil Litigation in Europe: A Legal, Empirical, and Economic Analysis*. Northampton: Edward Elgar, 2010, p. 149-174.

<sup>350</sup> HENSLER, Deborah et al. *Class Action Dilemmas: Pursuing Public Goals for Private Gain*. Santa Monica: RAND, 2000, p. 145 e ss.

<sup>351</sup> Essa é a leitura de MILLER, Arthur R. e CRUMP, David. Jurisdiction and Choice of Law in Multistate Class Actions after *Phillips Petroleum Co. v. Shutts*. In: *Yale Law Journal*, vol. 96, n. 1, 1986, pp. 1-81, com apoio em *Eisen* e *Mullane*, mas Rhonda Wasserman anota que há dissensos quanto a essa conclusão, que nunca foi expressamente afirmada pela Suprema Corte. WASSERMAN, Rhonda. *Procedural due process: a reference guide to the United States Constitution*. Westport: Praeger Publishers, 2004, p. 152.

celebração do acordo. Nessa situação, o ausente terá uma noção maior do que está ganhando com o processo, mas, ainda assim, não tem elementos claros para avaliar se poderia ter obtido mais em uma demanda individual, que não existe<sup>352</sup>. Assim, na prática, aponta Issacharoff, o direito de *opt-out* só tem utilidade para pessoas que têm um litígio individual de alto valor, possivelmente já em andamento e que, por isso, estarão “em guarda” para evitar ser vinculados a uma ação coletiva<sup>353</sup>. Quem não tem um processo em andamento, ou tem uma pretensão de baixo valor, não tem estímulo sequer para buscar informações sobre a qualidade do processo no qual está sendo envolvido. Exercer o *opt-out* significa, para o indivíduo, apenas reter o direito de ajuizar uma ação individual no futuro. Se ele não tem intenção de exercer esse direito, qualquer reparação, mesmo que insuficiente, é melhor que nenhuma.

Em uma pesquisa que analisou 1.272 acordos em ações coletivas, entre 1996 e 2001, relativos a valores mobiliários, Rozen, Schaeffer e Harris encontraram apenas 38 casos em que um ou mais indivíduos exerceram o direito de *opt-out*, ou seja, 3% do total. Os autores concluíram que esse direito é mais comumente exercido (53% dos casos) em ações que envolvem acordos de altos valores, superiores a US\$ 500 milhões e, na maioria dos casos, a parte que opta por não se vincular é uma instituição, usualmente um fundo de pensão, com pretensões de elevado valor. Apesar de ocorrerem em apenas 3% dos casos, a média dos valores dos direitos das partes que optaram por não se vincular aos acordos corresponde a 12,5% do total acordado. Não há indícios de que essas situações de *opt-out* tenham qualquer relação com a qualidade da atuação do representante, mas sim com a situação individual do optante, que é institucionalmente organizado e pode avaliar, com precisão, seu potencial de ganho em uma ação individual.

Esse resultado foi confirmado por Theodore Eisenberg e Geoffrey Miller, que analisaram milhares de *class actions* entre 1993 e 2003. Em 159 casos havia informação sobre o número de *opt-outs* e em 143 havia também informação relativa às dimensões da classe certificada. A conclusão foi de que *opt-outs* são raros,

---

<sup>352</sup> HENSLER, Deborah et al. *Class Action Dilemmas: Pursuing Public Goals for Private Gain*. Santa Monica: RAND, 2000, p. 79 e ss.

<sup>353</sup> ISSACHAROFF, Samuel. Governance and legitimacy in the law of class actions. In: *The Supreme Court Review*, 1999, p. 337-392.

equivalendo a, em média, menos de 1% do total de membros da classe, variando de acordo com o tipo de caso. Contudo, mesmo no tipo de caso em que o *opt-out* foi mais verificado (*mass torts*, nos quais o valor das pretensões individuais é elevado) ele não superou 4,6% do total da classe. Em ações de consumo, o *opt-out* teve média de 0,2% dos membros da classe. Os autores constataram, da mesma forma que no estudo antes mencionado, que o número de *opt-outs* cresce em proporção ao aumento do valor individual da queixa. Não há vinculação estatística entre o número de *opt-outs* e o valor destinado aos advogados, nem em relação à efetiva aprovação do acordo pelo juiz<sup>354</sup>.

Esses dados empíricos demonstram que a relação de custo-benefício do sistema de notificação e *opt-out* nos Estados Unidos é ruim. O *opt-out* exerce, para o cidadão comum, pouco mais que um papel simbólico de resguardar a possibilidade de não vinculação a uma demanda na qual ele não teve oportunidade de intervir. Coffee Jr. defende que, como as ações coletivas são usualmente um empreendimento coordenado pelo advogado, deveriam ser criados mecanismos mais efetivos de *opt-out*, o que estimularia a competição entre os advogados autores, melhorando os estímulos para o aumento da qualidade de sua atuação. Mais útil que pretender melhorar as ações coletivas dando mais voz aos interessados, seria melhorar os mecanismos de saída, para que, com isso, os advogados se sintam pressionados a fazer mais e cobrar menos<sup>355</sup>. Entretanto, embora as soluções do autor possam ser aplicáveis no contexto em que ele escreve – litígios relacionados a valores mobiliários, nos quais os membros da classe são instruídos e, pelo menos alguns, têm altas quantias em jogo – elas dificilmente o serão em casos de lesões individuais de pequena monta. Nos casos em que uma pessoa não têm estímulos

---

<sup>354</sup> EISENBERG, Theodore e MILLER, Geoffrey. The Role of Opt-outs and Objectors in Class Action Litigation: Theoretical and Empirical Issues. In: *Vanderbilt Law Review*, vol. 57, n. 5, 2004, p. 1529-1568.

<sup>355</sup> Ressalte-se que o autor defende essa solução apenas para os litígios relativos a valores mobiliários, não para os demais: "Given the prevalence of "negative value" claims in most class actions, the right to opt out represents merely a formal and empty right for most class members. But securities class actions are a marked and dramatic exception to this pattern. The rise of the institutional investor to the point where such investors today hold a majority of the stock in publicly-held firms (a development that was largely subsequent to the formalization of class action rules in 1968) implies that most of the stock purchased by the plaintiff class in a securities class action will be held by institutional investors whose large stakes can justify and support individual litigation". COFFEE JR., John C. Accountability and Competition in Securities Class Actions: Why Exit Works Better Than Voice. In: *Cardozo Law Review*, vol. 30, n. 2, 2008, p. 407-444. Citação p. 416-417.

individuais para ingressar com uma ação própria, ela dificilmente se incomodará com o *opt-out*, por pior que seja a atuação do representante e do advogado da classe.

Não faltam propostas para alterar o regime do *opt-out*. Analisando a reforma de 2003, que incluiu o segundo *opt-out*, David Rosenberg a classifica como “retrógrada. Representa a vitória do míope jeito de pensar ‘processualista’”. E, indo mais longe, assevera que o que a reforma de 2003 deveria ter feito era eliminar o *opt-out* que já existia. Para o autor, as oportunidades de *opt-out*, sejam quantas forem, representam uma visão inadequada dos objetivos do sistema jurídico em relação à reparação de danos decorrentes de ilícitos, no contexto de um mercado massificado. O valor a ser protegido, sempre que há um risco decorrente de produção em massa, é a minimização da soma dos custos dos ilícitos, compreendidos os custos totais com a prevenção, os danos inevitáveis, os riscos necessários e a administração do sistema jurídico. O bem estar do indivíduo será obtido pela priorização desses valores, não pela manutenção da oportunidade de litigar individualmente. Por essa razão, o *opt-out* é não apenas desnecessário, como é contraproducente, especialmente quando se consideram as substanciais despesas que ele acrescenta, em razão da necessidade de notificação dos interessados<sup>356</sup>. A solução seria a criação de uma demanda obrigatória para litígios coletivos, sem direito de exclusão<sup>357</sup>.

Richard Nagareda propõe, no contexto das lesões em massa (*mass torts*), que seria possível considerar o direito de processar o causador da lesão como um ativo da vítima. Ela pode optar por exercê-lo ou “vendê-lo”, ao réu, ingressando no acordo coletivo. A ideia seria substituir o *opt-out* por uma forma de *opt-in*, não para efeitos do processo, que continuaria sendo conduzido normalmente, mas para os efeitos da vinculação do indivíduo ao seu resultado. O estímulo ao réu para aceitar essa alternativa, que lhe é menos benéfica, seria alguma espécie de restrição aos direitos dos autores optantes. Por exemplo, no caso *fen-phen*, em que foi adotada uma

<sup>356</sup> ROSENBERG, David. Adding a Second Opt-out to Rule 23(b)(3) Class Actions: Cost without Benefit. In: *University of Chicago Legal Forum*, 2003, p. 19-70. No mesmo sentido, afirmando que o opt-out pode destruir a efetividade da criação do mecanismo de solução agregada de conflitos e que a autonomia individual pode ser fundamentalmente incompatível com a resolução global dos conflitos, PERINO, Michael A. Class action chaos? The theory of the core and an analysis of out-out rights in mass tort class actions. In: *Emory Law Journal*, vol. 46, 1997, p. 85-161.

<sup>357</sup> ROSENBERG, David. Mandatory-Litigation Class Action: The Only Option for Mass Tort Cases. In: *Harvard Law Review*, vol. 115, n. 3, 2002, p. 831-898.



variação dessa proposta, os indivíduos poderiam escolher entre se excluir completamente da classe ou se excluir parcialmente, mantendo a opção de obrigar o réu a “comprar” seu direito de ação posteriormente, pelo valor estabelecido no acordo. Entretanto, o custo desse direito de opção era a impossibilidade de requerer danos punitivos contra o réu, caso ajuizasse a ação individual<sup>358</sup>. A vantagem do esquema, na opinião do autor, é encontrar um equilíbrio entre os direitos dos indivíduos e o interesse do réu em obter uma “paz global”. O réu não resolve todos os seus problemas, mas tem a garantia de que não será processado duas vezes por danos punitivos, que usualmente representam a maior fração da condenação. O autor perde uma parte de seu direito individual, mas não tem sua autonomia totalmente eviscerada pela coletivização<sup>359</sup>.

#### 4.3.6.2 *Fairness hearings*

O direito de se excluir dos efeitos da decisão, o direito de ser ouvido e a lealdade do representante para com a classe (usualmente referidos como *exit*, *voice* and *loyalty*) são as três forças que mantêm unidos os elementos de uma ação coletiva<sup>360</sup>. Interessa, nesse momento, analisar a possibilidade, sempre resguardada aos membros da classe, de criticar ou de manifestar suas preocupações nas ações coletivas. Ao invés de simplesmente esvaziar a ação coletiva, valendo-se do *opt-out*, que seria o equivalente ao *exit*, eles podem tentar fazê-la melhor. Essa seria, na formulação de Albert Hirschman, uma solução construtiva, uma vez que a decisão de autoexclusão mostra apenas que algo está errado na relação, enquanto a abertura para que as insatisfações sejam manifestadas permite também que se identifique com precisão o objeto da divergência<sup>361</sup>. Alguns juízes,

<sup>358</sup> NAGAREDA, Richard A. Autonomy, Peace, and Put Options in the Mass Tort Class Action. In: *Harvard Law Review*, vol. 115, n. 3, 2002, p. 747-830.

<sup>359</sup> Idem, p. 758.

<sup>360</sup> SILBERMAN, Linda J.; STEIN, Allan R.; Wolff, Tobias Barrington. *Civil Procedure: Theory and Practice*. 4<sup>th</sup> ed. Frederick: Wolters Kluwer Law & Business, 2013, p. 1005 e ss.

<sup>361</sup> HIRSCHMAN, Albert O. *Exit, Voice, and Loyalty: Responses to Decline in Firms, Organizations, and States*. Cambridge: Harvard University Press, 1970.

reconhecidamente, dão grande valor à audiência. No acordo do *agent orange* diversas delas foram realizadas, em diferentes cidades dos Estados Unidos<sup>362</sup>.

A *Rule 23 (e)(2)* estabelece que, sempre que um acordo for vinculante para os membros da classe, independentemente da modalidades de *class action*, ele só poderá ser aprovado depois de uma *fairness hearing*, uma audiência pública<sup>363</sup> na qual qualquer membro da classe pode apresentar objeções aos termos do acordo proposto. Interessantemente, a *Rule 23* não obriga o juiz a conduzir *fairness hearings* se o processo for a julgamento, mas será cabível, mesmo nesse caso, a intervenção individual no processo<sup>364</sup>, na linha da decisão da Suprema Corte, em *Phillips Petroleum Co. v. Shutts*, que afirmou que todos os membros da classe têm o direito de se apresentar perante a Corte, pessoalmente ou por intermédio de advogado, para se fazer ouvir<sup>365</sup>. Isso contribui não apenas para a democratização do processo, mas principalmente para que o juiz possa reunir informações sobre o litígio, para além daquelas que lhe são fornecidas pelas partes.

A *fairness hearing* denota especial preocupação com os acordos porque ambas as partes estão buscando sua aprovação, o que significa que podem, consciente ou inconscientemente, reduzir o espectro de informações disponíveis para o juiz, limitando a exposição de seus pontos fracos. Mesmo que não seja assim, por muito qualificado ou responsável que seja um autor coletivo, ele pode não saber o que a classe quer. Coffee Jr. explica<sup>366</sup>:

Os membros da classe podem simplesmente ter preferências heterogêneas, de forma que nenhum advogado poderá satisfazer a todos. Alguns podem querer fazer um acordo mais rapidamente, enquanto outros preferem

<sup>362</sup> SCHUCK, Peter H. *Agent Orange on Trial: Mass Toxic Disasters in the Courts*. Enlarged Edition. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1988.

<sup>363</sup> É preciso tomar um cuidado na tradução de *fairness hearing* por audiência pública: ainda que abertas ao público, apenas membros da classe são legitimados a apresentar objeções durante uma *fairness hearing*.

<sup>364</sup> Essa é uma possibilidade meramente teórica. A vasta pesquisa de Eisenberg e Miller não encontrou uma única situação concreta em que isso tenha de fato ocorrido. Ver EISENBERG, Theodore e MILLER, Geoffrey. The Role of Opt-outs and Objectors in Class Action Litigation: Theoretical and Empirical Issues. In: *Vanderbilt Law Review*, vol. 57, n. 5, 2004, p. 1544.

<sup>365</sup> 472 U.S. 797 (1985): "If the forum State wishes to bind an absent plaintiff concerning a claim for money damages or similar relief at law, it must provide minimal procedural due process protection. The plaintiff must receive notice plus an opportunity to be heard and participate in the litigation, whether in person or through counsel".

<sup>366</sup> COFFEE JR., John C. Accountability and Competition in Securities Class Actions: Why Exit Works Better Than Voice. In: *Cardozo Law Review*, vol. 30, n. 2, 2008, p. 414.

esperar; alguns querem receber o maior valor financeiro possível, enquanto alguns fundos de pensão públicos hoje desejam que reformas relativas a governança corporativa sejam incorporadas no acordo.

Deborah Hensler *et al.* exemplificam uma interessante situação em que a *fairness hearing* obteve resultados positivos para a classe<sup>367</sup>. Em *Graham v. Security Pacific Housing Services Inc.*, uma seguradora era processada por cobrar prêmios excessivos de seus segurados, superestimando o valor dos bens que eram submetidos ao seguro. As partes chegaram a um acordo inicial que previa a criação de um fundo de US\$ 6,7 milhões para indenização dos lesados, mas com a disposição de que os interessados deveriam apresentar as suas reclamações no prazo de um mês a partir da notificação. O montante residual retornaria para o réu<sup>368</sup>. Assim, quem não exercesse o *opt-out*, nem apresentasse sua reclamação no prazo, não teria direito a qualquer recebimento, nem a possibilidade de processar o réu no futuro, pois estaria vinculado ao acordo anterior. Os honorários dos advogados da classe foram estabelecidos em pouco mais de US\$ 5 milhões.

Após a notificação dos membros da classe, um grupo de advogados denominado *Trial Lawyers for Public Justice*, que conduzia um projeto intitulado *Class Action Abuse Protection*, ingressou no processo com uma objeção em nome de cinco indivíduos. O juiz não homologou o acordo e integrou os advogados intervenientes às novas negociações, que se seguiram por mais de um mês. Ao final, o acordo foi homologado, mas criando um fundo de US\$ 10,5 milhões, honorários advocatícios de 1,92 milhão e a determinação de que o réu tomaria as providências, a partir de seus arquivos, para compensar os lesados, sem necessidade de que eles apresentassem pedido expresso, destinando-se os fundos eventualmente remanescentes a obras de caridade. É certo que essa melhoria tem seus custos, como aponta Coffee Jr.<sup>369</sup>, o primeiro dos quais, financeiro. Quanto mais intervenientes, mais advogados e mais honorários a serem pagos. No caso narrado, os advogados da *Trial Lawyers for Public Justice* receberam US\$ 350 mil em

<sup>367</sup> HENSLER, Deborah et al. *Class Action Dilemmas: Pursuing Public Goals for Private Gain*. Santa Monica: RAND, 2000, p. 197 e ss.

<sup>368</sup> Nos Estados Unidos não existe predeterminação da destinação do montante não reclamado de uma ação coletiva. Cabe ao acordo e ao juiz essa definição, sendo possível que o valor residual retorne para o réu.

<sup>369</sup> COFFEE JR., John C. Accountability and Competition in Securities Class Actions: Why Exit Works Better Than Voice. In: *Cardozo Law Review*, vol. 30, n. 2, 2008, p. 407-444.

honorários. O valor é irrisório, considerando os avanços obtidos para o acordo, mas mostra que, de fato, essa intervenção não é graciosa.

Por outro lado, Albert Hirschman afirma que quanto mais fácil for sair de uma organização, menos motivados seus membros serão a apresentar suas insatisfações, o que contribui, no longo prazo, para o declínio da mesma, sem que os responsáveis possam identificar as razões. Aplicada aos acordos em processos coletivos, a teoria sugeriria que, quanto mais difícil for se desvincular do resultado da ação, mais os atingidos se interessarão em contribuir para a sua melhoria. Também é pertinente a observação de Konikak e Cohen, no sentido de que os problemas em se desenhar um bom resultado para o litígio não devem ser utilizados para fundamentar a não utilização das ações coletivas, o que apenas deixaria as condutas ilícitas que o originaram sem reparação. Além da participação dos interessados, há outros mecanismos para tratar as eventuais distorções do modelo, em detrimento dos ausentes. Seria possível, por exemplo, incrementar os sistemas de responsabilidade profissional, para torná-los menos lenientes com advogados que fazem acordos em violação aos direitos da classe e juízes que os homologam, com a vantagem de não gerar, com isso, custos para os lesados<sup>370</sup>.

Como esse problema da responsabilidade profissional no meio jurídico não parece a caminho de ser resolvido tão cedo, é mais apropriado considerar o contexto em que ocorrem os acordos, para propor soluções específicas. Em ações relacionadas a valores mobiliários, cenário do trabalho de Coffee Jr., em que alguns membros da classe têm grandes somas em jogo, é razoável imaginar que é mais importante aperfeiçoar os mecanismos de autoexclusão do que os de manifestação, já que a saída de um único interessado pode significar uma parcela considerável do acordo, o que motivará o representante a atuar da melhor forma possível. Mas em ações em que a saída de um ou mesmo muitos indivíduos fará pouca diferença para o impacto total sobre a classe, aperfeiçoar os mecanismos de manifestação, como as audiências, pode ser mais importante e barato que o *opt-out*.

---

<sup>370</sup> KONIAK, Susan P; COHEN, George M. Under Cloak of Settlement. In: *Virginia Law Review*, vol. 82, n. 7, 1996, p. 1051-1280.

Não é simples determinar se os exemplos de *fairness hearings* bem sucedidas, como ocorreu em *Graham v. Security Pacific Housing Services Inc.*, constituem a regra ou a exceção. Conforme se infere da exposição, a *fairness hearing* ocorre depois que as partes já chegaram a um acordo. Há quem duvide, por essa razão, de sua efetividade. O mesmo óbice se apresenta ao esquema representativo desenvolvido no *Civil Rights Act* de 1991, em resposta a *Martin v. Wilks*<sup>371</sup>. Ele prevê a realização de audiência já em fase final do processo, ou mesmo após a elaboração de uma minuta de decisão, que seria submetida ao público. Assim, em uma fase tão adiantada do processo, os interesses, tanto das partes, quanto do juiz, de chegar a uma conclusão farão com que qualquer objeção, a não ser que aponte um verdadeiro absurdo, tenda a ser ignorada<sup>372</sup>. É pelo menos discutível se essa seria uma forma e um momento significativo para que o interessado seja ouvido<sup>373</sup>. Além disso, se a falta de interesse individual dos integrantes da classe é um obstáculo até mesmo para o exercício significativo do *opt-out*, com muito mais razão será para que uma pessoa, por iniciativa própria, se apresente para tentar se fazer ouvir apenas para melhorar a qualidade da decisão<sup>374</sup>.

Todas essas questões são mais prementes no contexto das ações que não admitem *opt-out*, uma vez que, nesses casos, a única alternativa é que as partes, o juiz e os ausentes colaborem para que se alcance a melhor decisão possível. O problema é que, pela natureza desses casos, é comum que os próprios titulares dos direitos litigiosos tenham visões antagônicas acerca de qual seria o melhor resultado do processo. Essa situação oferece tal complexidade que optou-se por tratá-la em Capítulo apartado, a ser apresentado na sequência. Antes, porém, é necessário, para pautar a comparação proposta no presente segmento, apresentar algumas considerações sobre o modelo representativo adotado pelo processo coletivo brasileiro.

<sup>371</sup> 490 U.S. 755 (1989). O caso será tratado com detalhes no próximo capítulo.

<sup>372</sup> LAYCOCK, Douglas. Consent Decrees without Consent: The Rights of Nonconsenting Third Parties. In: *University of Chicago Legal Forum*, 1987, p. 103-154.

<sup>373</sup> Em *Armstrong v. Manzo*, 380 U.S. 545 (1965), a Suprema Corte afirmou que "A fundamental requirement of due process is 'the opportunity to be heard.' It is an opportunity which must be granted at a meaningful time and in a meaningful manner".

<sup>374</sup> ISSACHAROFF, Samuel. Governance and legitimacy in the law of class actions. In: *The Supreme Court Review*, 1999, p. 337-392.

#### 4.4 O modelo representativo brasileiro

Encerrada a descrição do modelo representativo das ações norte-americanas, evidencia-se a preocupação existente, naquele país, com a elaboração de salvaguardas que potencializem a fidelidade da atuação do representante aos interesses dos representados. A conclusão deste capítulo se dedicará à comparação do modelo norte-americano ao brasileiro, com o objetivo de pontuar essas mesmas salvaguardas no modelo pátrio, verificando os instrumentos utilizados para garantir o alinhamento entre os interesses dos representantes e dos representados.

Conforme apontado no Capítulo 1, a tradição jurídica brasileira se preocupou, em fins da década de 1970 e início dos anos 80, com a elaboração conceitual dos direitos passíveis de tutela coletiva, concluindo, em relação àqueles caracterizados como transindividuais, que não haveria possibilidade de definição de sua titularidade, pertencendo, de modo indivisível, a todos e, ao mesmo tempo, a ninguém. Assim, sendo impossível identificar uma pessoa ou grupo de pessoas que pudessem reivindicar a precedência no ajuizamento de tais ações, restava à doutrina brasileira duas opções, considerando apenas aquelas até então existentes: advogar a legitimação de qualquer cidadão, na linha da tradição da Lei da Ação Popular, que já durava duas décadas, ou atribuir a proteção dos direitos transindividuais ao próprio Estado, caracterizando-os como patrimônio público.

As duas opções eram, não sem razão, vistas com maus olhos. A atribuição da titularidade dos direitos transindividuais ao Estado significaria retrocesso em relação ao art. 1º, I, da Lei 4.717/65, ainda mais depois de sua expansão com a redação dada pela Lei 6.513/77. É patente, pela leitura dos textos desse período, que a intenção dos principais autores que advogavam a introdução da tutela coletiva no Brasil não era que sua proteção fosse atribuída ao Estado, ainda que essa fosse a solução mais óbvia para o dilema da indeterminação da titularidade. Pelo contrário, não é incomum que, nos exemplos de violações aos direitos transindividuais, o violador fosse o Estado<sup>375</sup>. Por outro lado, atribuir a legitimidade aos indivíduos, na

---

<sup>375</sup> Ver, por exemplo, BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito Processual Civil*. 3ª Série. São Paulo: Editora Saraiva, 1984, p. 176 e, de novo, na p. 179.

linha da experiência norte-americana, era uma solução contraindicada pelos vinte anos de experiência da ação popular. Não obstante a ausência de dados estatísticos confiáveis, percebia-se que a ação popular não havia se firmado como um instrumento de tutela jurisdicional utilizado de modo recorrente. De fato, entre 1965 e 1985, o Supremo Tribunal Federal proferiu apenas 56 decisões relativas a ações populares, menos de 3 por ano. Havia também a percepção de que a ação popular funcionava mais como mecanismo de oposição política do que, nos termos idealmente concebidos, como instrumento colocado à disposição do cidadão desinteressado para combater os desvios do poder público. Não por acaso, são recorrentes as referências, na literatura dos anos 1970/80, à necessidade de que as ações relativas a direitos transindividuais contivessem mecanismos para evitar abusos por parte do autor ou sua colusão com o réu<sup>376</sup>.

Nesse contexto, parecia imperativo propor uma terceira via, que não fosse a atuação singular do Estado, nem a de todos os indivíduos, o que redundou na proposta de que a legitimação fosse atribuída a entes intermediários, a meio caminho entre um e outro esquema. Na exposição de motivos do Projeto de Lei 3.034/84, o chamado “Projeto Birrenbach” da Ação Civil Pública, que acabou não aprovado, consta referência à defesa da legitimação das associações para o ajuizamento de ações relacionadas a direitos transindividuais por Sérgio Ferraz, Ada Pellegrini Grinover, Célio Borja e Miguel Seabra Fagundes, além de Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe<sup>377</sup>.

É difícil, todavia, discernir razões empíricas para a confiança na atuação das associações como autoras no processo coletivo. Ainda que a década de 1980 tenha sido caracterizada pela distensão da ditadura militar, vinte anos de regime autoritário haviam reduzido o associativismo ao ponto da insignificância. Mesmo os sindicatos, a mais tradicional forma de associação entre indivíduos com interesses convergentes, elevada a status Constitucional em 1937<sup>378</sup>, tiveram a maior parte de

---

<sup>376</sup> Mais uma vez, é representativo o magistério de BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito Processual Civil*. 3ª Série. São Paulo: Editora Saraiva, 1984, p. 180, mencionando como um “ponto grave” a possibilidade de conluio entre autor e réu e elogiando a solução da lei da ação popular, que restringe a eficácia da coisa julgada em caso de improcedência.

<sup>377</sup> BRASIL. *Projeto de Lei 3.034/84*. Brasília: Câmara dos Deputados, 1984, p. 6.

<sup>378</sup> Arts. 137 e 138.

suas prerrogativas suspensas ainda em 1942<sup>379</sup> e, nos anos 1970, foram transformados em entidades assistenciais dos trabalhadores, perdendo quase integralmente seu viés reivindicatório<sup>380</sup>. A inviabilidade da tutela coletiva ser protagonizada apenas pelas associações, apesar de não explicitada, transparece dos projetos de introdução da ação civil pública. Tanto o Projeto Birrenbach, quanto o Projeto de Lei 4.984/85, que acabaria aprovado, faziam referência, desde suas redações originais, à possibilidade de ajuizamento das ações civis públicas também pelo Ministério Público e por outras entidades públicas (arts. 4º e 5º, respectivamente). Parece seguro supor, a partir desse indício, que os autores dos projetos, ainda que defendessem teoricamente as virtudes das associações para a tutela coletiva, notaram que, no modelo que se desenhava, elas não seriam capazes de cumprir, sozinhas, essa função.

Três fatores concorrem para que tal diagnóstico permaneça atual. O primeiro problema não é a inexistência de associações no país, mas a baixa representatividade das que existem. De acordo com pesquisa do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, existiam, em 2010, pouco mais de 290 mil associações e entidades sem fins lucrativos<sup>381</sup>, das quais 87,2 mil são voltadas à defesa dos direitos dos cidadãos<sup>382</sup>. Apesar da maioria delas ter sido fundada nos últimos anos, 9.558 são anteriores a 1970, mais de 27 mil foram fundadas entre 1970 e 1980 e mais de 45 mil entre 1980 e 1990. O quantitativo de entidades, portanto, nunca foi um problema. Entretanto, a quase totalidade dessas entidades tem pouca ou nenhuma estrutura ou representatividade social. De acordo com a mesma pesquisa, 72,2% delas não têm sequer um empregado e 87,3% têm menos de cinco<sup>383</sup>. Quando se considera apenas as entidades criadas nos últimos dez anos, 93,3% têm menos de cinco empregados. Ainda que se ressalve a possibilidade de que algumas

<sup>379</sup> Ver Decreto 10.358/42, art. 2º.

<sup>380</sup> SANTOS, Ronaldo Lima. *Sindicatos e Ações Coletivas*. 2. ed. São Paulo: Editora LTR, 2008, p. 49.

<sup>381</sup> BRASIL. *As Fundações Privadas e Associações sem Fins Lucrativos no Brasil 2010*. Brasília: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, 2012, p. 31.

<sup>382</sup> Foram consideradas nessa categoria, pelo IBGE, as “Associações de moradores, Centros e associações comunitárias, Desenvolvimento rural, Emprego e treinamento, Defesa de direitos de grupos e minorias, Outras formas de desenvolvimento e defesa de direitos, Associações empresariais e patronais, Associações profissionais e Associações de produtores rurais”. Idem, ibidem. Alguns segmentos despertam maior interesse associativo que outros. Existem 2.242 entidades de proteção ambiental e dos animais, o que não é um número baixo, mas que representa menos de 1% do total.

<sup>383</sup> Idem, p. 48.



atividades na associação sejam exercidas por voluntários ou prestadores de serviços, o mais usual é que elas necessitem de empregados à medida que crescem e institucionalizam suas atividades. Entidades que não têm empregados são, provavelmente, entidades que não teriam qualquer estrutura ou expertise para ajuizar uma ação coletiva. Em segmentos nos quais ações coletivas são recorrentes, como é o caso da tutela do meio ambiente, a desestruturação das associações é ainda mais patente: todas as 2.242 associações ambientais do Brasil, juntas, empregavam, em 2010, apenas 93 pessoas.

O segundo fator que inviabiliza a assunção do protagonismo representativo por entidades privadas decorre da própria configuração do sistema. A Lei 7.347/85 optou, na linha da Lei da Ação Popular, por não estimular economicamente a atuação dos particulares. Quando muito, isentou-os das custas processuais que, nem no Brasil, nem no exterior, constituem a maior parte do investimento econômico em ações coletivas, ou, em verdade, em qualquer ação judicial<sup>384</sup>. Despesas com advogados e com a atividade instrutória superam, com facilidade, o valor das custas. Apesar disso, a lei, secundada pela maioria dos autores, preferiu exigir que as associações busquem a tutela coletiva como parte de suas finalidades institucionais e, portanto, invistam recursos próprios nessa atividade. Devem fazê-lo por espírito público ou, quando muito, pela possibilidade de que sua atuação em favor da coletividade atraia mais associados. Apenas recentemente, o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos da USP, coordenado por Ada Pellegrini Grinover, previa a possibilidade de gratificação financeira, fixada pelo juiz, ao legitimado privado que tivesse contribuído de modo relevante para a condução e êxito da ação<sup>385</sup>. Além dessa previsão não ter prevalecido no Projeto de Nova Lei da Ação Civil Pública, tal como submetido ao Congresso Nacional, sua generalidade estava longe de constituir, para o interessado, garantia de que a atividade processual não seria financeiramente deficitária, ainda que gratificada.

Logo, associações desestruturadas e subfinanciadas têm poucas possibilidades de se envolver, com sucesso, no ajuizamento de ações coletivas, usualmente

---

<sup>384</sup> Ver HENSLER, Deborah H. Financing civil litigation: the US perspective. In: TULL, Mark; VISSCHER, Louis. *New Trends in Financing Civil Litigation in Europe: A Legal, Empirical, and Economic Analysis*. Northampton: Edward Elgar, 2010, p. 149-174.

<sup>385</sup> Art. 15, §2º.

complexas. Mesmo àquelas que são capazes de superar esses obstáculos materiais, restam poucos estímulos para fazê-lo, afinal, será necessário redirecionar recursos que poderiam ser aplicados em finalidades institucionais com perspectiva de retorno mais certo e mais imediato. Em síntese, mesmo que tenham condições para conduzir ações coletivas, as associações provavelmente avaliarão que fazê-lo é um mau negócio.

O terceiro fator é consequência da tentativa de solucionar os problemas ocasionados pelos dois primeiros. Ao perceber que as associações seriam incapazes ou insuficientemente estimuladas a ajuizar ações coletivas, a lei legitimou órgãos públicos a fazê-lo, estabelecendo um sistema misto. O problema é que a existência da alternativa pública criou uma saída confortável para o particular que espera ver litigada uma causa coletiva, sem assumir os riscos e custos inerentes à condução do processo. Basta apresentar solicitação aos órgãos públicos legitimados, em especial ao Ministério Público, fornecendo-lhes os elementos de que dispõe, para dar lugar ao dever de ajuizamento da demanda coletiva<sup>386</sup>. Assim, a lei propiciou aos particulares a possibilidade de ver ajuizadas as ações que desejem, sem assumir o risco pessoal inerente à sua condução. A menos que haja algum motivo específico, em razão do qual a associação considere importante que a ação coletiva seja conduzida por si própria, o que é improvável, a escolha racional será encaminhar a causa a um legitimado público. Não se trata, ao contrário do que comumente se afirma, de falta de cultura associativa ou cívica do povo brasileiro, mas de consequência inerente ao sistema que foi construído.

Nesses termos, é possível concluir que, apesar de teoricamente misto, o sistema representativo do processo coletivo brasileiro é eminentemente público, funcionando a possibilidade de ajuizamento de ações por particulares apenas como um mecanismo de controle, capaz de exercer alguma pressão sobre os órgãos públicos legitimados a atuar. É pouco provável que tal modelo possa ser alterado para um sistema representativo privado, nos moldes norte-americanos, no atual estado de coisas. Primeiramente, seria necessário oferecer estímulos econômicos que

---

<sup>386</sup> Na clássica lição de Hely Lopes Meirelles, “Se para o particular o poder de agir é uma faculdade, para o administrador público é uma obrigação de atuar, desde que se apresente o ensejo de exercitá-lo em benefício da comunidade”. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 85.

garantissem aos particulares legitimados que, na hipótese de se sagrarem vitoriosos, não apenas seriam financeiramente recompensados, mas o seriam em valor suficiente para compensar o risco inerente ao investimento, que inclui a perspectiva de que nem todas as ações intentadas serão julgadas procedentes. Em seguida, seria necessário aguardar que, em virtude do ajuizamento dessas ações, as associações fossem capazes de se capitalizar e, assim, se estruturar para reinvestir a recompensa obtida no ajuizamento de novas ações, atribuindo a essa atividade um caráter mais especializado, menos eventual. É improvável que tal modificação possa ocorrer. Logo, o sistema representativo brasileiro é e, provavelmente, continuará a ser, predominantemente público.

As exceções, nesse caso, servem para confirmar a regra. Em uma pesquisa nas decisões do Superior Tribunal de Justiça, adotadas entre os anos de 2010 e 2014, foram encontrados 2.212 ementas contendo a expressão “ação civil pública”, mas apenas 74 quando se adiciona a palavra “associação”<sup>387</sup>, ou seja, um pouco menos de 4% do total. Dentre estas, apenas 6 casos eram relativos a ações ajuizadas por associações para a tutela do meio ambiente. Todos os demais se referiam à tutela de direitos individuais homogêneos de consumidores, tais como questionamentos de cláusulas contratuais bancárias, especialmente os expurgos inflacionários dos planos econômicos das décadas de 1980 e 1990, direitos dos usuários de serviços públicos sujeitos ao pagamento de tarifa, em regra relacionados a sua majoração indevida, ou direitos coletivos e individuais homogêneos de servidores públicos. A análise dos casos revelou que os processos ajuizados por associações são conduzidos recorrentemente pelos mesmos atores – a Associação Paranaense de Defesa do Consumidor (APADECO) é a autora da quase totalidade das ações coletivas relativas aos expurgos inflacionários de planos econômicos – demonstrando a necessidade de que a entidade seja estruturada com esse viés para atuar de modo eficaz. Finalmente, na maioria dos casos é possível perceber um

---

<sup>387</sup> Cabe ressaltar que a pesquisa disponibilizada pelo site do Superior Tribunal de Justiça se restringe às ementas e indexações dos julgados. Assim, é possível que existam outras ações civis públicas ajuizadas por associações e julgadas pelo tribunal, no período da pesquisa. Por outro lado, foi verificado que aproximadamente 30% dos acórdãos que compuseram o resultado apresentavam a palavra “associação” em um contexto não relativo ao objeto da pesquisa. Ainda que não se possa afirmar que essas imprecisões se anulam mutuamente, o resultado indica, de modo consistente, que o número de ações civis públicas ajuizadas por associações é muito baixo, possivelmente inferior a 1/20 do total.

claro potencial de ganho econômico para as associações autoras: obtida a condenação, o CDC demanda a liquidação e execução individuais dos danos sofridos, permitindo que a associação promova, nesse segundo momento, a prestação de serviços advocatícios aos membros da classe, com o consequente recebimento de parcela da condenação, a título de honorários contratuais.

Assim, a amostra pesquisada sugere que a atuação das associações privadas no ajuizamento de ações civis públicas representa parcela diminuta da tutela coletiva, se restringe a poucas entidades e está focada na defesa de direitos em relação aos quais a estrutura do sistema permite que a organização obtenha retorno econômico futuro, na forma de honorários pela prestação de serviços aos indivíduos titulares do direito, na fase de liquidação e execução da decisão. A associação idealizada pelos autores da Lei da Ação Civil Pública, na década de 1980, que se envolve no processo coletivo apenas como uma extensão do cumprimento de suas finalidades institucionais, sem perspectiva de outros ganhos, praticamente não existe, correspondendo, na amostra pesquisada, a apenas 0,2% dos casos. Essa conclusão não causa estranheza, quando se consideram os fatores adversos supra elencados, os riscos e a complexidade inerentes ao ajuizamento de uma ação civil pública. Se uma entidade não se estrutura especificamente para ajuizar tais ações, de forma recorrente, será praticamente impossível fazê-lo de modo episódico. O mais provável é que ela prefira cumprir suas finalidades institucionais de outras maneiras, por exemplo, representando ao Ministério Público acerca das ilegalidades que verifica. Por outro lado, caso decida se estruturar para ajuizar ações, a associação precisará de recursos financeiros, que estarão disponíveis apenas nas causas em que haja perspectiva de retorno para os indivíduos que integram a classe. Logo, ainda que seja louvável a atuação das associações na defesa de direitos coletivos, é certo que o sistema representativo brasileiro, nas condições atuais, não poderá ser estruturado a partir delas.

Um sistema processual representativo estruturado sobre entidades públicas tem suas vantagens. A principal delas é a eliminação do potencial de conflito financeiro entre o representante e os representados, que é um problema central nas ações

coletivas norte-americanas<sup>388</sup>. Como o representante não tem interesse financeiro na lide, não há risco de que ele atue de forma propositalmente lesiva aos representados, com o objetivo de maximizar seu próprio ganho. Quando muito, as críticas dirigidas ao Ministério Público, que é o principal autor de ações coletivas, vão no sentido de que o agente público responsável pela ação busca com ela algum tipo de promoção pessoal, satisfazendo sua vaidade. Apesar do sempre repetido receio de colusão entre o autor e o réu, que teria o objetivo de imunizá-lo contra ações futuras, não há evidência empírica de que isso já tenha ocorrido. Se existem, no Brasil, “*sweetheart deals*”, eles provavelmente decorrem de inabilidade do representante coletivo, não do fato de que ele possa licitamente receber algum tipo de benefício em troca de um acordo lesivo aos interesses da classe, como ocorre nos Estados Unidos. Essa tese não descarta, evidentemente, a possibilidade de que o representante receba benefícios ilícitos por um acordo lesivo aos representados. Todavia, o que interessa para a construção de um modelo processual é o comportamento que ele estimula nos agentes, dentro dos limites da legalidade. Nos Estados Unidos é possível que um advogado, licitamente, faça com o réu um acordo que beneficie mais a si mesmo que à classe. No modelo brasileiro, isso não é possível, em razão da ausência de interesses pessoais ou institucionais do representante no resultado do processo.

Ainda que se considere que o verdadeiro representante, nos Estados Unidos, é o advogado, e não o indivíduo nomeado como parte, a conclusão não se altera. O advogado que ajuíza ações coletivas é remunerado, na quase totalidade dos casos, por um percentual do resultado obtido, arcando, previamente, com todos os custos do processo. Assim, o risco financeiro ao qual ele se expõe, em caso de derrota, é usualmente maior que o dos membros da classe, individualmente considerados. Na história das ações coletivas que pleiteavam reparação pelas doenças provocadas pelo fumo, ficou famosa a frase atribuída a um advogado da R. J. Reynolds Tobacco Company, no sentido de que as vitórias dos réus decorriam do fato de obrigar o autor a gastar todo o dinheiro disponível para o processo<sup>389</sup>. O advogado, o

<sup>388</sup> Ver, por todos, NAGAREDA, Richard A. *Mass torts in a world of settlement*. Chicago: The University of Chicago Press, 2007.

<sup>389</sup> A frase, pouco polida, mas muito repetida, é: “To paraphrase General Patton, the way we won these cases was not by spending all of Reynolds money, but by making the other son of a bitch spend

representante e os ausentes têm interesses financeiros no resultado do processo, que nem sempre são coincidentes.

O problema de um sistema representativo público é que ele reduz os mecanismos de alinhamento de interesses entre os atores processuais. Se a parte que ajuíza a ação nada tem a ganhar ou a perder com ela, não há como se garantir que sua atuação será tão vigorosa quanto a de um advogado economicamente motivado. O problema já foi detectado também nos Estados Unidos, no regime das ações denominadas *parens patriae*, ações coletivas ajuizadas pelo Estado, em defesa de seus cidadãos ou, mais comumente, do erário. Nelas, tal como no Brasil, inexistente o compartilhamento de direitos entre representante e representados, que os obriga a experimentar conjuntamente o resultado do processo. Isso gera preocupação que acarreta a imposição de algumas salvaguardas aos direitos dos ausentes. Primeiramente, essas ações correspondem a um número reduzido do total de demandas coletivas nos EUA, havendo limites jurisprudenciais para o seu ajuizamento<sup>390</sup>. Em segundo lugar, os *district attorneys*, que são os legitimados ativos, são eleitos pela população para mandatos definidos. Ainda que se possa questionar o grau de efetividade do controle eleitoral, é certo que ele proporciona alguma garantia, pelo menos contra uma ação coletiva marcadamente dissociada do interesse dos eleitores. Terceiro, há limites orçamentários a serem considerados. Como cada parte é obrigada a arcar com os custos do processo, dada a ausência de regras de sucumbência nos moldes das brasileiras, o *district attorney's office* precisa selecionar as demandas que pretende conduzir.

No Brasil, o Ministério Público, a Defensoria Pública e as procuradorias de órgãos públicos são compostos por servidores públicos recrutados de acordo com o mérito, não sujeitos a controle eleitoral para o provimento inicial do cargo, nem a confirmações periódicas. O orçamento dessas instituições não é condicionado à taxa de sucesso das ações ajuizadas, e elas são isentas das custas processuais, salvo

---

all his". A citação está em EUBANKS, Sharon Y.; GLANTZ, Stanton A. *Bad acts: the racketeering case against the tobacco industry*. Washington: American Public Health Association, 2013, p. 12.

<sup>390</sup> Não há estatísticas precisas, mas o consenso é no sentido de que, embora as ações *parens patriae* tenham se tornado mais comuns nos últimos anos, elas ainda são consideravelmente menos numerosas que as *class actions* privadas. Ver RATLIFF, Jack. *Parens Patriae: an overview*. In: *Tulane Law Review*, vol. 74, 2000, p. 1847-1858. Ver também HOKE, John B. *Parens Patriae: A Flawed Strategy for State-Initiated Obesity Litigation*. In: *William & Mary Law Review*, vol. 54, n. 5, 2013, p. 1753-1789.

comprovada má-fé<sup>391</sup>. Assim, além de não terem interesse institucional na lide, os legitimados coletivos responsáveis pela quase totalidade das ações ajuizadas no país não estão sujeitos nem mesmo aos controles mais tênues que incidem sobre as ações *parens patriae*, não necessitando considerar seriamente quaisquer fatores alheios à suas próprias convicções pessoais sobre a demanda, quando avaliam a conveniência de seu ajuizamento. Se isso é uma vantagem, da perspectiva da ampliação do acesso à justiça, é uma desvantagem do ponto de vista da compatibilidade entre a ação ajuizada e os interesses dos ausentes. Os servidores que integram os órgãos legitimados não têm obrigação legal de verificar os interesses da classe representada, nem estímulos racionais para fazê-lo, uma vez que nem o órgão, nem seus integrantes, compartilham do risco ao qual se submetem os titulares dos direitos demandados. A derrota poderá acarretar-lhes consequências metajurídicas – má publicidade, desagrado por parte da população – mas não lhes imporá prejuízos jurídicos ou econômicos. Salvo por razões metajurídicas, ganhar ou perder, para os representantes processuais brasileiros, é irrelevante<sup>392</sup>, o que faz com que não existam garantias de que eles litigarão vigorosamente a causa. O único controle ao qual esses servidores públicos se submetem é de índole correicional, mas é certo que existe diferença sensível entre ser estimulado a litigar uma causa da melhor forma possível e evitar infringir deveres funcionais. Enquanto o sistema americano impele o representante a fazer o máximo, o sistema brasileiro assegura apenas que ele não atuará aquém do mínimo. Isso facilita o ajuizamento das ações coletivas, mas ao preço de se abdicar de garantias quanto à qualidade de seus resultados.

Outro problema do sistema representativo brasileiro, apontado no Capítulo 1, foi a pressuposição do pensamento acadêmico, na década de 1980, de que as ações coletivas operam sob uma lógica dual de procedência/improcedência. Conforme

---

<sup>391</sup> Apesar do art. 18 da LACP se referir literalmente à isenção de ônus sucumbenciais apenas para as associações, a jurisprudência estendeu tal previsão aos órgãos públicos legitimados. Nesse sentido, afirmou o Superior Tribunal de Justiça que “A atuação do Ministério Público, pro populo, nas ações difusas, justificam, ao ângulo da lógica jurídica, sua dispensa em suportar os ônus sucumbenciais, acaso inacolhida a ação civil pública. Consectariamente, o Ministério Público não deve ser condenado ao pagamento de honorários advocatícios e despesas processuais, salvo se comprovada má-fé”. REsp 480.387, rel. Min. Luiz Fux, DJ 24.5.04.

<sup>392</sup> O raciocínio do texto seria válido mesmo que as associações tivessem assumido a primazia do processo coletivo. Como não são cotitulares do direito material demandado, as associações poderiam ter prejuízos apenas indiretos com a derrota.

demonstrado, a doutrina introduziu o processo coletivo no Brasil a partir de exemplos abstratos, nos quais era simples perceber a natureza da violação e a forma adequada de se prestar tutela jurisdicional ao direito litigioso. Por essa razão, acreditou-se, equivocadamente, que a limitação dos efeitos da coisa julgada, na hipótese de improcedência do pedido, seria suficiente para garantir que a classe representada estaria imunizada contra ações em descompasso com seus interesses<sup>393</sup>. Entretanto, como se verificou posteriormente, tanto na prática, quanto academicamente, a improcedência pode ser estendida à classe substituída, desde que não decorra de falta de provas<sup>394</sup> e a identificação dos interesses da classe pode não ser unívoca, como na situação que Mancuso denominou mega-conflitos<sup>395</sup>. Em consequência disso, mesmo a decisão de procedência pode acarretar prejuízos, se a tutela pedida não for compatível com os interesses da classe ausente, ou de parte de seus membros. Isso pode decorrer de má interpretação ou pesquisa insuficiente dos fatos pelo representante, ou apenas da complexidade dos direitos litigiosos, que admitem várias possibilidades de tutela.

O esquema representativo brasileiro confia que, ao retirar do legitimado coletivo público os impedimentos jurídicos ou econômicos ao ajuizamento das ações, o coloca em posição privilegiada para identificar o problema, optar por uma solução e persegui-la vigorosamente. Contudo, a lei não impôs a esse legitimado um procedimento para verificar os interesses da classe, nem exigiu que, ao identificá-lo, o representante aja de acordo com eles. Nesse sentido, a maioria dos acadêmicos e a unanimidade da jurisprudência considera que a adequação da representação é avaliada apenas a partir do atendimento aos pressupostos legais, que são de caráter objetivo, não cabendo ao juiz avaliar qualquer elemento para além deles. Exige-se que as ações ajuizadas pelos legitimados públicos se relacionem a suas finalidades institucionais. Para o Ministério Público, esse limite é mínimo, estando habilitado a demandar quaisquer tipos de direitos, ainda que disponíveis, desde que revestidos

---

<sup>393</sup> Conforme mencionado, Ada Pellegrini Grinover chegou a afirmar textualmente que o CDC estende a coisa julgada aos representados apenas para beneficiá-los. Ver GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JR, Nelson. *Código de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed, vol II. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 181.

<sup>394</sup> Ver GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Editora Saraiva, 1995, p. 126.

<sup>395</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Direitos difusos: conceito e legitimação para agir*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 110-114.



de interesse social<sup>396</sup>. Para a Defensoria Pública, embora haja controvérsias, predomina o entendimento de que a representação deve estar relacionada a sua finalidade constitucional, que é a defesa das pessoas sem recursos financeiros suficientes para custear seu próprio acesso à justiça<sup>397</sup>. Em sentido similar, exige-se dos demais órgãos públicos legitimados, assim como das associações privadas, que a ação ajuizada seja relacionada, de algum modo, a suas finalidades institucionais<sup>398</sup>.

Mais recentemente, alguns autores brasileiros, inspirados na experiência norte-americana, vêm sugerindo que o juiz deveria realizar o controle da adequação da representatividade em cada caso. A rigor, essa proposta já estava contida no Projeto Birrenbach, art. 2º, que previa que, na ação penal relativa aos danos causados aos direitos protegidos pela lei, poderia intervir como assistente do Ministério Público “a associação que, a critério do juiz, demonstre representatividade adequada, revelada por dados como...”. Posteriormente, no art. 4º, o projeto impunha os mesmos requisitos ao ajuizamento de ação civil pelas associações. Ada Pellegrini Grinover, expondo as razões que fomentaram a inclusão dessa previsão, afirma<sup>399</sup>:

Foram extraídos da experiência estrangeira – combinando os critérios da *common law* com os do sistema romano-germânico – alguns parâmetros para a legitimação das associações às ações civis: assim se fez em relação ao conceito de *representatividade adequada*, extraído das *class actions* do sistema norte-americano, com a atribuição de uma certa dose de discricionariedade ao juiz (...), mas fixando de antemão na disciplina legislativa as condições mínimas úteis à sua avaliação.

Posteriormente, o Projeto de Lei 4.984/85, que foi convertido na LACP, abandonou a terminologia “representatividade adequada”, bem como a previsão expressa de que

<sup>396</sup> STJ, AgRg no REsp 1038389/MS, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, julgado em 25/11/2014. Os limites da legitimidade do Ministério Público, entretanto, oscilam na jurisprudência ao longo do tempo, especialmente no que tange a direitos individuais homogêneos de caráter disponível. Ver, também no STJ, AgRg no REsp 442.822/RS, rel. Min Gilson Dipp, DJ 13.10.2003.

<sup>397</sup> STJ, AgRg no AREsp 565.849/PE, Rel. Ministro Og Fernandes, julgado em 16/12/2014; EDcl no REsp 1418593/MS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 11/06/2014; REsp 1192577/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 15/05/2014. No Supremo Tribunal Federal, ADI-MC 558-8, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 26.03.93.

<sup>398</sup> Essa pertinência temática tem sido atenuada. Ver, no STJ, REsp 876.931/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, julgado em 10/08/2010 e REsp 1243386/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, julgado em 12/06/2012. No caso das associações, se exige também que sua constituição date de pelo menos um ano, embora se permita ao juiz dispensar esse requisito.

<sup>399</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini, coord. *A tutela dos interesses difusos: doutrina, jurisprudência e trabalhos forenses*. São Paulo: Max Limonad, 1984, p. 184. O texto, praticamente como citado, foi reproduzido na justificativa do Projeto Birrenbach, apresentado à Câmara dos Deputados, constando na p. 3 do processo legislativo respectivo.

o juiz poderia avaliá-la casuisticamente. Apesar disso, incorporou os mesmos critérios oferecidos pelo Projeto Birrenbach como “condições mínimas” para que as associações fossem consideradas representativas. Na interpretação majoritária, isso significaria que o juiz estaria jungido apenas à análise dessas condições – constituição há mais de um ano e objeto da lide pertinente aos interesses institucionais da entidade – sem possibilidade de avaliar quaisquer outras. A legitimação seria, portanto, *ope legis*, não *ope judicis*<sup>400</sup>.

É difícil avaliar, trinta anos depois, quais seriam as diferenças concretas entre a LACP e o Projeto Birrenbach, para além da distinção textual. Não parece claro que, na hipótese de aprovação do segundo, os juízes teriam elementos para exigir das associações mais que os dois critérios mínimos indicados. Ainda que o texto do Projeto Birrenbach fosse expresso em afirmar que a legitimação das associações se faria “a critério do juiz”, os elementos exemplificativamente citados são tão objetivos que seria discutível a atitude de um juiz que pretendesse verificar a representatividade adequada a partir de outros parâmetros, de índole mais subjetiva, tais como o número de associados, a capacidade financeira da associação etc. Além disso, a representatividade adequada é apresentada, pela mensagem de encaminhamento do projeto, assim como pela obra de Ada Pellegrini Grinover, em conjunto com outras medidas, inspiradas na Lei da Ação Popular, “contra os perigos decorrentes de abusos”. Assim, a participação obrigatória do Ministério Público, com a prerrogativa de assumir o polo ativo na hipótese de abandono da causa ou desistência, a possibilidade de intervenção litisconsorcial de outros legitimados, tanto no curso do processo, quanto com o objetivo de recorrer da sentença, a punição da lide temerária e a coisa julgada *secundum eventum litis* atuariam, em conjunto com a representatividade adequada, para proteger “as partes e a coletividade contra possíveis pressões e contra a colusão”<sup>401</sup>. Não parece correto,

---

<sup>400</sup> Nesse sentido, por exemplo, DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação Civil Pública*. São Paulo: Editora Saraiva, 2001, p. 133 e ss. e NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 1427.

<sup>401</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini, coord. *A tutela dos interesses difusos: doutrina, jurisprudência e trabalhos forenses*. São Paulo: Max Limonad, 1984, p. 185. Na obra de Ada Pellegrini, há dois parágrafos explicando, separadamente, a representatividade adequada e, em seguida, os demais controles. Na justificativa do Projeto Birrenbach, escrita posteriormente, essas duas ideias são redigidas do mesmo modo, mas reunidas em um único parágrafo, demonstrando que a representatividade adequada cumpre o mesmo papel dos demais requisitos.

portanto, pretender que o Projeto Birrenbach tenha procurado trazer para o Brasil a avaliação da representatividade adequada, tal como ela existe no modelo norte-americano, supra delineado. Há vários indícios de que sua intenção e de seus autores era apenas evitar que a ação fosse ajuizada de modo temerário ou colusivo. Não se buscava avaliar as condições da associação para ser uma boa representante, mas apenas evitar que ela fosse uma falsa representante.

A pretensão de se extrair do Projeto Birrenbach uma proposta de controle da representatividade adequada pelo juiz, nos moldes norte-americanos, é também afastada pela análise da forma como se pretendia que o requisito fosse aplicado. Primeiro, sua imposição se restringia às associações, não aos demais legitimados, para os quais o projeto mantinha a mesma lógica da LACP, tal como aprovada, presumindo a representatividade. Segundo, não se pode deixar de perceber a inutilidade dos dois elementos escolhidos pelo legislador, em ambos os projetos, para avaliar a representatividade das associações. A introdução da finalidade de defesa de um determinado direito nos atos constitutivos da associação é algo que demanda apenas criatividade de seus instituidores. Não há, na ordem jurídica brasileira, qualquer limitação das finalidades possíveis de uma associação, sendo viável que ela tenha como objeto a proteção de todos os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos<sup>402</sup>. Quanto à necessidade de pré-constituição anual, a lei não exige que a associação desenvolva qualquer atividade durante o transcurso do ano referido, apenas que ela exista juridicamente no período. A rigor, portanto, os requisitos legais de verificação da adequação da representação, previstos na Lei da Ação Civil Pública e exemplificados pelo Projeto Birrenbach, nada mais são que formalidades passíveis de serem cumpridas por uma entidade criada por apenas um indivíduo, sem qualquer associado, sem existência física e sem que tenha exercido qualquer atividade anteriormente à propositura da ação. Tais requisitos não têm o condão de garantir, sob qualquer aspecto, a adequação da representação. Ao buscar inspiração na Lei Royer, o legislador brasileiro não percebeu que a legitimação das associações, na Europa, está condicionada a uma certificação prévia perante o Poder Executivo, que deve ser renovada periodicamente, e que leva em consideração não apenas aspectos formais, mas o efetivo desempenho de

---

<sup>402</sup> Ver, por exemplo, o art. 120 da Lei 6.015/73.

atividades representativas. Ainda que vigore o livre associativismo, o exercício de determinadas prerrogativas, inclusive processuais, pelas associações europeias, é consideravelmente limitado<sup>403</sup>. Pragmaticamente, portanto, o que se convencionou chamar, no Brasil, de controle *ope legis* da representatividade é a ausência de qualquer controle, uma vez que os critérios para tanto estabelecidos não asseguram, de qualquer modo, a qualidade da representação. É possível que uma associação esteja constituída há pouco tempo e seja uma excelente representante – conforme reconhece a lei, ao permitir a dispensa desse requisito, no art. 5º, §4º da LACP – da

---

<sup>403</sup> Tanto a justificativa do Projeto Birrenbach, quanto a obra de Ada Pellegrini Grinover fazem referência aos arts. 45 e 46 da Loi Royer de 1973, como inspiração para se estabelecer uma medida de seriedade das associações verificada casuisticamente pelo juiz (GRINOVER, Ada Pellegrini, coord. *A tutela dos interesses difusos: doutrina, jurisprudência e trabalhos forenses*. São Paulo: Max Limonad, 1984, p. 185 e Projeto Birrenbach, p. 8). Em nenhum dos dois locais, todavia, essa referência é explicada e, quando analisada a fundo, ela parece inaplicável. A Loi Royer tinha o objetivo de limitar a construção de empreendimentos comerciais, especialmente grandes supermercados, para evitar que concorressem com os pequenos empresários. Assim, por exemplo, empreendimentos com mais de mil metros quadrados, em cidades com menos de 40 mil habitantes, ou mais de 1.500 metros quadrados, em cidades maiores, necessitariam de uma autorização especial para funcionar. Os arts. 45 e 46, que são mencionados, previam a possibilidade de uma ação civil de reparação contra as infrações cometidas em prejuízo da lei (art. 45), permitindo que as associações “aprovas” pudessem ajuizar ações contra danos causados em prejuízo da coletividade de consumidores (art. 46. Sans préjudice des dispositions de l'article 3 du décret n° 56-149 du 24 janvier 1956, les associations régulièrement déclarées ayant pour objet statutaire explicite la défense des intérêts des consommateurs peuvent, si elles ont été agréées à cette fin, exercer devant toutes les juridictions l'action civile relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif des consommateurs).

Un décret fixera les conditions dans lesquelles les associations de défense de consommateurs pourront être agréées après avis du ministère public, compte tenu de leur représentativité sur le plan national ou local.

L'agrément ne peut être accordé qu'aux associations indépendantes de toutes formes d'activités professionnelles. Toutefois, des associations émanant de sociétés coopératives de consommation, régies par la loi du 7 mai 1917 et des textes subséquents, pourront être agréées si elles satisfont par ailleurs aux conditions qui seront fixées par le décret susvisé.).

A semelhança desse texto com qualquer coisa que se pareça com representatividade adequada é apenas superficial. A aprovação mencionada não implica um exame judicial em cada caso. Ocorre que a França, assim como a Espanha e outros países europeus, restringem a atuação de associações, a partir de avaliações administrativas. Ainda que o associativismo seja livre, apenas as associações administrativamente certificadas são aptas a exercer determinadas prerrogativas. Logo, o texto do art. 46 da Lei Royer se refere à necessidade de que as associações, para ajuizar a ação nele prevista, obtenham previamente, do Poder Executivo, uma certificação de sua prerrogativa, de acordo com critérios previamente definidos em decreto, “após consulta ao Ministério Público”. O controle, portanto, não se faz pelo juiz, casuisticamente, e nem com parâmetros abertos de análise, tal como pretendia o Projeto Birrenbach, mas pela administração e de acordo com critérios legais. O art. 46 da Lei Royer foi revogado em 1988. Para uma discussão sobre as finalidades dessa lei, ver p. 254-256. GOODLIFFE, Gabriel. *The resurgence of the radical right in France*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. A mesma situação se verifica na Espanha, onde a atuação das associações no processo coletivo demanda o prévio atendimento de requisitos legais para a inserção da entidade em uma lista de habilitados, gerida pelo Poder Executivo. Ver FENNOL, Jordi Nieva. El Procedimiento especial para La protección de consumidores y usuarios: lagunas, remedios e ideas de futuro. In: *Revista de Processo*, vol. 156, 2008, p. 104-136.

mesma maneira que é possível que a associação esteja constituída há muito tempo e não se desincumba bem da função.

Outro defeito, tanto do Projeto Birrenbach, quanto do texto aprovado, é que o debate quanto à verificação da representatividade adequada ficou restrito às associações. Nada se exigiu dos entes públicos, exceto, por interpretação, que o objeto da ação ajuizada se relacione com suas finalidades institucionais, o que pouco significa. Essa presunção de adequação é discutível, dado que os legitimados públicos, independentemente de outras condições, estão, via de regra, mais distantes do contato cotidiano com os titulares dos direitos violados<sup>404</sup>, o que significa que são incapazes de representar suas perspectivas e potencialmente ineptos para perceber suas vontades. Isso reduz sua capacidade de representar os interesses dos ausentes, por melhores que sejam as intenções dos indivíduos ocupantes dos cargos públicos que apresentam os órgãos legitimados<sup>405</sup>. O problema não chamou a atenção da doutrina brasileira porque, conforme relatado, esta partiu do pressuposto de que encontrar um representante adequado é apenas evitar um representante absolutamente inadequado. Assim, a discussão principal dos processualistas brasileiros, em relação ao legitimado coletivo, passou a ser, ao longo da década de 1990 e dos anos 2000, a definição abstrata da natureza jurídica da legitimidade ativa<sup>406</sup>. Ainda que se possa considerar essa controvérsia teoricamente interessante,

---

<sup>404</sup> Outros autores já mencionaram esse problema, embora sob luzes distintas das do texto. Ver CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas. In: *Revista de Processo*, vol. 147, 2007, p. 123-146. Ao contrário do que sugere o título, todavia, a Musterverfahren alemã não é uma alternativa às ações coletivas, porque ela permite solução apenas de causas relativas a direitos individuais homogêneos, resolvendo, em um processo-modelo, a questão comum e mantendo os processos individuais para a resolução dos aspectos atinentes a cada membro do grupo. O próprio autor percebe essa limitação da proposta na conclusão, ao afirmar que os mecanismos devem “conviver e não se sobrepor”, mas atribui essa necessidade à “desinformação e pobreza que assolam grandes populações em nosso país”, e não a uma limitação inerente ao modelo, que não permite que se resolvam conflitos relativos a direitos difusos. Ao pressupor que a população pobre precisa de um processo representativo, o texto acaba vítima do problema que inicialmente se propôs a combater, que é o modo “opressor e elitista” como se desenvolve a representação.

<sup>405</sup> Perspectivas, vontades e interesses são expressões aqui utilizadas no sentido definido no Capítulo 3, supra.

<sup>406</sup> Praticamente todos os autores de processo coletivo dedicam-se, com maior ou menor afincio, à tarefa de definir a natureza jurídica da legitimidade ativa coletiva, que alguns consideram ordinária, afirmando que os legitimados coletivos demandam direitos que, de alguma forma, também lhes pertencem. Essa posição foi capitaneada por Kazuo Watababe, em WATANABE, Kazuo. Tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (coord.). *A tutela dos interesses difusos: doutrina, jurisprudência e trabalhos forenses*. São Paulo: Max Limonad, 1984, p. 85-97. A maioria a afirmou extraordinária, considerando que o legitimado coletivo pleiteia, em

sua utilidade concreta é duvidosa, dado que os autores, sem embargo da diversidade de posicionamentos, raramente extraem consequências práticas de suas definições ou, quando o fazem, essas consequências são perfeitamente intercambiáveis com a corrente oposta.

Mais recentemente, com o avanço do estudo das *class actions* entre os pensadores brasileiros, as posições começaram a se alterar, não apenas para se pretender a introdução do controle da representatividade adequada, *de lege ferenda*, como também para afirmar sua existência, *de lege lata*. Antonio Gidi sustenta que “o juiz brasileiro não somente pode, como tem o dever de avaliar a adequação da representação dos interesses do grupo em juízo”<sup>407</sup>. A análise do autor é focada principalmente em deficiências das condições materiais do representante, ou em sua proposital infidelidade ao representado, embora mencione também a possibilidade de inadequação decorrente de conflitos de interesses<sup>408</sup>. Em outro viés, Eduardo

---

nome próprio, direito alheio. Nesse sentido, BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito Processual Civil*: primeira série. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1988, p. 110-123. Posteriormente, Nelson Nery Jr. advogou a existência, com base em doutrina alemã, de uma legitimação autônoma para a condução do processo, dada a impossibilidade de se identificar os titulares do direito material litigioso. Ver NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Comentado e Legislação Extravagante*. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 190. Também nessa linha, ABELHA, Marcelo. *Ação civil pública e meio ambiente*. São Paulo: Forense Universitária, 2003. p. 59. Mais recentemente, Hermes Zaneti Jr. vem cultivando a ideia de uma “legitimação conglobante”, inspirada na terminologia de Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli. Ela seria a aferição, pelo juiz, da presença de “elementos indicativos de que haverá adequada representação pelo legitimado sem que este esteja contrariando o ordenamento jurídico e a finalidade da tutela coletiva”. ZANETI JR., Hermes. A legitimação conglobante nas ações coletivas: a substituição processual decorrente do ordenamento jurídico. In: *Revista Videre*, ano 2, vol. 3, 2010, p. 101-116. Citação p. 114. A ideia foi desenvolvida, sob orientação do autor, em MAGALHÃES E GUERRA, Márcia Vitor de. *Substituição processual conglobante: novas observações sobre a substituição processual nos processos coletivos e a necessidade de controle judicial da legitimação adequada e da adequada representação*. (Dissertação de mestrado) – Universidade Federal do Espírito Santo. Orientador: Prof. Dr. Hermes Zaneti Jr. Vitória: 2009.

<sup>407</sup> GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. In: *Revista de Processo*, vol. 108, 2002, p. 61-70. Citação p. 68. O exemplo do autor é a situação de uma pequena e desaparelhada associação, que litiga contra uma grande multinacional, com um advogado incompetente ou desidiioso, sem recursos para custear as provas necessárias ao bom desenvolvimento do processo. Mais recentemente, o mesmo autor afirmou que “é princípio básico do direito processual civil coletivo que o processo não pode prosseguir, nem há formação de coisa julgada, sem que haja uma adequada representação dos interesses em jogo”. GIDI, Antônio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008. p. 77.

<sup>408</sup> Em sentido similar, Ada Pellegrini Grinover também passou a defender a possibilidade de controle da representatividade adequada pelo juiz. Ver GRINOVER, Ada Pellegrini. Ações coletivas Ibero-Americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada. In: *Revista Forense*, vol. 361, 2002, p. 3-12. Também no sentido da possibilidade de controle da atuação adequada do representante, embora com conclusões distintas, CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. O controle judicial da atuação adequada no processo coletivo e a desnecessária extensão da coisa julgada *secundum eventum litis*. In: *Revista Brasileira de Direito Processual*, vol. 66, 2009, p. 21-46.

Scarpato percebe a possibilidade de que nem todas as pessoas envolvidas em uma lide coletiva sejam efetivamente representadas, “sem contradição, pelo mesmo porta-voz, por sua simples característica de institucionalizado”<sup>409</sup>. Por essa razão, “o representante deve possuir afinidade com os representados, de modo que sua voz repercuta, de fato, a posição daqueles que representa”<sup>410</sup>.

O anteprojeto de Código de Processo Coletivo elaborado por Gidi prevê, em seu art. 3.1, a análise de requisitos de representatividade relativos ao legitimado e ao advogado, incluindo a competência, honestidade, capacidade, prestígio e experiência, o histórico de proteção judicial de interesses do grupo, a conduta em processos anteriores, a capacidade financeira e o grau de representatividade perante o grupo. O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos elaborado pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual contém praticamente os mesmos requisitos em seu art. 20, assim como o Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América, em seu art. 2º. Apesar disso, o Projeto de Lei 5.139/09, o único que chegou a tramitar no Legislativo, não incorporou a proposta de verificação da adequação da representação pelo juiz, mantendo apenas os requisitos já previstos na atual LACP.

Por mais que a discussão tenha evoluído em termos doutrinários, não é possível afirmar que a preocupação com a qualidade concreta da atividade representativa ocupe mais que uma fração marginal do pensamento dos processualistas brasileiros, nem de longe comparável ao debate acerca da natureza jurídica da legitimação que a origina. Ainda predomina o entendimento de que a representação adequada é aquela que cumpre os requisitos legais<sup>411</sup>, especialmente em razão do receio de que a atuação do juiz, nesse particular, sirva para introduzir novas

---

<sup>409</sup> SCARPARO, Eduardo. Controle da representatividade adequada em processos coletivos no Brasil. In: *Revista de Processo*, vol. 208, 2012, p. 125 e ss.

<sup>410</sup> Idem, ibidem. O autor ainda observa que “é cogitável que seria também pertinente, em espécie de litisconsórcio necessário, chamar para compor o processo representantes complementares para as divergências de classes, de modo a garantir a efetiva participação dos interessados na causa”. Apesar da percutiente afirmação, o autor registra, em nota de rodapé que não pretendia aprofundar-se no tema da cingibilidade da representação, que ficaria para outro momento.

<sup>411</sup> Nesse sentido, por exemplo, MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 106; VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 220.

restrições jurisprudenciais ao ajuizamento de ações coletivas<sup>412</sup>. Mesmo quando são levados em consideração os textos que se preocuparam com a adequação da representação, ainda restam lacunas. A primeira delas é pragmática. Não se conhece um julgado em que o representante tenha sido destituído por inadequação da representação, fora das hipóteses legais, quais sejam, a desídia ou o abandono da causa. Ao contrário dos Estados Unidos, onde a representatividade adequada é tema central de discussão em quase toda ação coletiva, no Brasil sua análise é feita apenas academicamente. Segundo, mesmo a formulação doutrinária é incompleta. A discussão do tema é geralmente ilustrada por exemplos de manifesta incompetência representativa<sup>413</sup>. Não se sabe a) até que ponto a representatividade adequada obriga o legitimado a pesquisar os interesses dos ausentes; b) feita essa pesquisa, em que medida o legitimado é obrigado a agir em consonância com esses interesses, ou se tem liberdade para buscar a tutela do direito material da forma como pessoalmente julgar mais adequada; c) quais elementos devem ser levados em conta pelo juiz para, concretamente, avaliar a qualidade da representação; d) se essa avaliação deve ocorrer a partir da análise dos elementos disponíveis no início do processo, da conduta concretamente adotada em seu desenrolar, ou de ambos<sup>414</sup>; e) se o requisito tem caráter negativo, ou seja, serve apenas para desabilitar representantes absolutamente inadequados, como parecem sugerir os

---

<sup>412</sup> Nesse sentido, VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 226. Não é possível reputar injustificáveis tais receios, quando se consideram as centenas de acórdãos do Superior Tribunal de Justiça, discutindo a extensão da legitimidade do Ministério Público.

<sup>413</sup> A falta de exemplos empíricos também é prejudicial à análise. Ada Pellegrini Grinover, por exemplo, afirmou, em artigo publicado em 2002: "... problemas práticos têm surgido pelo manejo de ações coletivas por parte de associações que, embora obedeçam aos requisitos legais, não apresentam a credibilidade, a seriedade, o conhecimento técnico-científico, a capacidade econômica, a possibilidade de produzir uma defesa processual válida, dados sensíveis esses que constituem as características de uma "representatividade" idônea e adequada. E, mesmo na atuação do Ministério Público, têm aparecido casos concretos em que os interesses defendidos pelo parquet não coincidem com os verdadeiros valores sociais da classe de cujos interesses ele se diz portador em juízo". GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ações coletivas Ibero-Americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada*. In: *Revista Forense*, vol. 361, 2002, p. 3-12. Citação p. 5. O trabalho da autora, todavia, não menciona qualquer dos casos que "tem aparecido", nem em relação à má representatividade das associações, nem do Ministério Público, o que inviabiliza sua progressão para a solução das dúvidas mencionadas no texto. Não se trata de discutir a possibilidade abstrata do juiz controlar a adequação da representação, mas sim de qual deve ser o conteúdo desse controle, caso seja realizado.

<sup>414</sup> Gidi entendia, inicialmente, que a adequação da representação deveria ser analisada preliminarmente, a partir das qualificações do representante. No entanto, seu entendimento evoluiu para defender a análise concreta, de acordo com a conduta de tal sujeito no processo. Ver GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 105.



exemplos doutrinários, ou se deve se dirigir a identificar no legitimado coletivo as condições para litigar vigorosamente a demanda em favor da classe. Ser um representante adequado, como demonstra o pensamento norte-americano, é mais que não ser um péssimo representante. Conforme mencionado, pesquisa empírica demonstrou que, dentre as *class actions* não certificadas, o índice daquelas em que se verifica inadequação da representação é de 30%<sup>415</sup>, sugerindo que a análise vai além de se exigir um representante que não seja evidentemente incompetente, subfinanciado ou infiel aos interesses dos membros do grupo. Em *Gonzales v. Cassidy*<sup>416</sup> a representação foi considerada inadequada pelo 5º Circuito de Apelações exclusivamente porque o representante deixou de recorrer de uma decisão desfavorável aos interesses da classe. Em *Schlaud v. Snyder*<sup>417</sup>, a inadequação decorreu do fato de que alguns membros da classe, prestadores de serviços de cuidados infantis que tinham sido alvo de cobrança de uma taxa sindical, votaram a favor do ato do réu que era impugnado.

Logo, ainda que se leve em consideração as formulações acadêmicas brasileiras que pregam o controle da adequação da representação em cada caso, pelo juiz, ou mesmo o teor dos anteprojetos legislativos de codificação, hoje abandonados, é certo que o pensamento brasileiro sobre o tema é incompleto, quando comparado com o sistema norte-americano. É certo que a principal fonte de preocupação dos autores norte-americanos, que é o conflito financeiro entre representante e representado, inexistente no Brasil, mas nada indica que o representante brasileiro seja, sempre e necessariamente, um bom condutor dos interesses da sociedade. Isso pode decorrer de incúria, despreparo ou má-fé, mas também pode derivar apenas da identificação inadequada ou incompleta dos interesses dos titulares do direito. É possível que um representante, com toda a boa-fé e condições materiais de atuação, seja, ainda assim, inadequado para um determinado processo. Conforme mencionado, o modo como o pensamento acerca dos direitos transindividuais se desenvolveu no Brasil, na década de 1980, impediu que sua titularidade fosse bem definida. Por essa razão, a menos que os interesses

<sup>415</sup> CORNSTONE RESEARCH. Securities Class Action Filings: 2013 Year in Review. Disponível em <<https://www.cornerstone.com/CMSPages/GetFile.aspx?guid=d88bd527-25b5-4c54-8d40-2b13da0d0779>>. Acesso em 7.11.14.

<sup>416</sup> 474 F.2d 67 (5 Cir., 1973).

<sup>417</sup> 717 F.3d 451 (6th Cir., 2013).

envolvidos no litígio sejam óbvios – situação que aqui foi denominada de litígios coletivos simples – caberá ao autor da ação a tarefa de perceber os interesses, eventualmente conflitantes, da sociedade e, a partir daí, demandar tutela jurisdicional. O fato dessa percepção se ajustar ou não aos verdadeiros interesses dos indivíduos que efetivamente deverão conviver com a decisão, depois dela ser adotada, passa ao largo da formulação atual do sistema processual coletivo brasileiro, em termos doutrinários ou jurisprudenciais.

Resta explicitar por qual razão uma solução com tantas fragilidades permaneceu praticamente inquestionada por trinta anos, aceitando-se que um legitimado coletivo demande direitos da sociedade excluída do processo da forma como julgar mais adequada, sem ser obrigado a se reportar aos titulares do direito. A chave de abóbada que permitiu a sustentação dessa formulação foi a elaboração do conceito de coisa julgada coletiva. Ao adotar e expandir a ideia de coisa julgada *secundum eventum litis*, introduzida na Lei de Ação Popular, a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor criaram a impressão de que, independentemente do quão ruim fosse a representação, os titulares dos direitos demandados em juízo não tinham reais motivos para preocupação, uma vez que a coisa julgada somente poderia lhes ser estendida *in utilibus*, para beneficiá-los. Ada Pellegrini Grinover afirmou expressamente que “o Código de Defesa do Consumidor agasalhou o regime da extensão da coisa julgada a terceiros, que não foram parte do processo, apenas para beneficiá-los”<sup>418</sup>. No mesmo sentido, Arruda Alvim assevera que “no que diz respeito à extensão da eficácia negativa da sentença e respectiva autoridade da coisa julgada suscetível de se formar no plano de ação coletiva, não virá essa afetar a esfera individual”<sup>419</sup>.

---

<sup>418</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JR, Nelson. *Código de Defesa do Consumidor*. comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed, vol II. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 181.

<sup>419</sup> ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. Comentários ao Art. 81 do Código de Defesa do Consumidor. In: *Cadernos de Direito*, vol. 1, 2011, Disponível em <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/direito/article/view/898/425>>. Acesso em 24.03.15. Em nota de rodapé, o autor explicita esse entendimento, afirmando que “O que se significa com 'eficácia negativa' é que a decisão de improcedência deixa intocada as esferas individuais, tendo em vista aqueles mesmos por quem se agiu”.

Apesar de atraente, a ideia é falsa, conforme apontou Antonio Gidi, ainda na década de 1990<sup>420</sup>. A coisa julgada coletiva se forma *pro et contra*, em regra, quando se trata de direitos transindividuais, ficando excluída apenas na hipótese de insuficiência de provas. Então, aquela que é reputada a principal garantia dos ausentes no processo incide apenas se não houver elementos suficientes para a formação do convencimento do juiz. O problema se agrava pelo fato de que, apesar de muito discutida academicamente<sup>421</sup>, essa hipótese é desconhecida na prática<sup>422</sup>. Enquanto 30% das ações coletivas norte-americanas são extintas sem julgamento de mérito em virtude de inadequação da representação, não são conhecidos casos em que a ação civil pública, no Brasil, tenha sido extinta por insuficiência de provas e, posteriormente, reproposta, com novo acervo probatório. A salvaguarda central do processo coletivo brasileiro, destinada a evitar que processos coletivos mau conduzidos prejudiquem definitivamente a sociedade, é virtualmente inexistente na realidade. Pragmaticamente, as ações coletivas brasileiras são *pro et contra* e é improvável que isso possa ser atribuído apenas à qualidade da representação, na totalidade dos casos.

#### 4.5 Conclusão parcial

O objetivo principal do presente Capítulo foi elaborar uma comparação entre o modelo processual representativo norte-americano e o modelo brasileiro. Como se percebe, os estudos norte-americanos abordam com riqueza de detalhes e de dados empíricos os requisitos que devem ser exigidos de um representante, a fim de

---

<sup>420</sup> GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Editora Saraiva, 1995, p. 126.

<sup>421</sup> Discute-se, por exemplo, se prova nova é qualquer prova que não foi produzida no processo anterior, ou apenas provas de caráter superveniente e, ainda, se a insuficiência de provas é caracterizada apenas por análise retrospectiva do primeiro processo, por ocasião do segundo, ou demanda uma declaração explícita do juiz do processo originário. Ver, por exemplo, GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JR, Nelson. *Código de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed, vol II. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 197-201.

<sup>422</sup> Não foi possível encontrar, em pesquisa na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, um único acórdão que tratasse da possibilidade de repropositura de uma ação coletiva anteriormente extinta por insuficiência de provas. Pesquisa realizada em 25.3.15. Também não foram encontrados exemplos concretos nos trabalhos acadêmicos sobre o assunto.

garantir que os direitos daqueles que não tiveram oportunidade de atuar no processo, mas que serão vinculados ao seu resultado, sejam adequadamente tutelados. A adequação da representação é tudo o que resta para sustentar a legitimidade das ações coletivas e, ao mesmo tempo, é o campo das batalhas mais intensas no processo coletivo estadunidense<sup>423</sup>. Ao contrário, a preocupação dos autores brasileiros, mais pautados por debates teóricos, passou, em grande medida, ao largo desse problema. Não se sabe qual é o papel da classe, se ela deve participar do processo e se o representante poderia ou deveria facilitar sua atuação<sup>424</sup> e em que medida sua vontade deve orientar os rumos do processo. A única garantia legal contra um mau processo coletivo, que é a possibilidade de repropositura da ação caso a improcedência tenha decorrido de insuficiência de provas, é desconhecida na prática, o que demonstra que a tutela coletiva vem sendo realizada de acordo com a opinião e a sensibilidade dos legitimados coletivos, que efetivamente vinculam, de modo definitivo, a sociedade substituída.

A análise da experiência americana complementa a conclusão do Capítulo 3, no sentido de que não é possível fundamentar teoricamente um modelo processual representativo, sem algum tipo de participação dos titulares do direito. O sistema representativo das *class actions* demonstra concretamente que é possível conciliar representação e participação, potencializando a qualidade do resultado do litígio para as pessoas que serão verdadeiramente atingidas por ele. Isso não significa negar autonomia ao representante, mas referenciar sua atuação a partir dos interesses e das vontades dos ausentes. Como demonstra Lawrence Solum, “os direitos de participação não são necessariamente inconsistentes com as técnicas de agregação”<sup>425</sup>. O autor exemplifica vários modos de realizar essa combinação, tais como o direito de *opt-out*, a possibilidade de que os ausentes atuem em determinados atos processuais críticos para o litígio (*issue hearings*), mesmo sem ostentar a qualidade de parte, a participação no processo de certificação, para demandar uma definição mais limitada da classe, ou a criação de subclasses, ou

---

<sup>423</sup> YEAZELL, Stephen. From group litigation to class action, part II: interest, class and representation. In: *UCLA Law Review*, vol. 27, 1980, p. 1071.

<sup>424</sup> Sobre essa discussão, nos Estados Unidos, ver GROSBERG, Lawrence M. Class actions and client-centered decisionmaking. In: *Syracuse Law Review*, vol. 40, 1989, p. 709-788.

<sup>425</sup> SOLUM, Laurence. Procedural justice. In: *Southern California Law Review*, vol. 78, 2004, p. 181-321. Citação p. 318.

ainda questionar a adequação da representação. É possível, para Solum, haver participação significativa, sem a necessidade de se exigir que cada indivíduo conduza a sua própria ação<sup>426</sup>.

No Brasil, prevaleceu o pressuposto de que a tutela coletiva apenas beneficia os ausentes. Contudo, mesmo que fosse verdadeiro, esse pressuposto ainda não resolveria um problema: é possível que esses ausentes não concordem, nem entre si, nem com o autor da ação, sobre o conceito de “benefício”. Se o processo coletivo ignora as posições dos ausentes, ele corre o risco de assumir uma perspectiva paternalista ou mesmo autoritária, presumindo que o autor da ação sabe o que é melhor para a sociedade e pode lhe impor essa solução. Mais que isso, a experiência vem demonstrando que a desconsideração das diferentes situações dos ausentes é capaz de provocar graves consequências sociais, prejudicando, com isso, a qualidade da decisão e o bom propósito que anima a tutela coletiva. O aperfeiçoamento do modelo representativo passa pela criação de salvaguardas em favor dos ausentes, mas também pelo reconhecimento e tratamento dos conflitos sociais subjacentes ao litígio. A tarefa do próximo Capítulo será demonstrar, teórica e pragmaticamente, os problemas relacionados aos conflitos intraclasses, no âmbito das ações coletivas.

---

<sup>426</sup> Idem, *ibidem*.



## CAPÍTULO 5

### CONFLITOS E DISSENSOS EM LITÍGIOS COLETIVOS

#### 5.1 Introdução

No Capítulo 2, duas características foram importantes para a construção da tipologia dos litígios coletivos, que orientou o progresso da presente tese. A primeira foi o grau de complexidade, que se relaciona às múltiplas possibilidades de tutela dos direitos da sociedade. Em litígios complexos, há várias soluções juridicamente possíveis para a controvérsia, sem que se possa definir, *a priori*, qual delas seria a mais adequada para a tutela do direito material violado. O legitimado coletivo teria várias alternativas para formular a pretensão posta em juízo, sem que se pudesse afirmar que, ao optar por uma ou outra, esteja agindo de modo inadequado em relação aos ausentes. O segundo conceito estruturante da tipologia dos litígios coletivos foi a conflituosidade, que varia em função do grau de dissenso, verificado entre os próprios integrantes da sociedade titular do direito material violado, acerca de qual seria o resultado desejável do litígio, ou seja, acerca do que consistiria a tutela adequada do direito.

Os estudos do processo coletivo, no Brasil, não deram a devida atenção a esses dois problemas porque pressupuseram, a partir de exemplos acadêmicos simples, que a forma de se prestar tutela a direitos pertencentes a uma sociedade seria de fácil apreensão, tornando desnecessário que o autor da ação buscasse subsídios entre os titulares dos direitos violados. Dada essa facilidade, não faria sentido que a sociedade tivesse outra pretensão além da posta em juízo. A destruição de um bem tombado exige sua reconstrução, a poluição deve ser descontinuada, os consumidores indevidamente cobrados devem ser ressarcidos e assim por diante. O problema é que, com o passar do tempo, a prática demonstrou que nem todos os litígios coletivos são simples e que nem sempre os titulares do direito material, que efetivamente terão que conviver com a decisão, estão de acordo sobre qual seria o resultado desejável do processo. É possível, ainda, que todos os titulares do direito

almejem um resultado, mas que o legitimado coletivo o considere inaceitável e, com essa convicção, decida demandar outro, amparado no argumento de que, como sua legitimidade se extrai da lei, a ele cabe decidir os rumos do processo<sup>1</sup>. Mesmo autores que perceberam a dificuldade não conseguiram dela extrair consequências jurídicas<sup>2</sup>, problema que se agrava pelo fato de que, no modelo adotado pelo microssistema de tutela coletiva, o autor da ação é alguém que não compartilha com a sociedade titular do direito o resultado material que decorre do processo.

O presente Capítulo tem como ênfase a demonstração de que a complexidade e a conflituosidade são elementos centrais dos litígios coletivos e que o desenvolvimento de novas bases para seu tratamento depende da plena compreensão de suas dimensões. Mais uma vez, a base do estudo será a experiência norte-americana, que, tanto doutrinária quanto academicamente, desenvolveu profícuos debates sobre o problema dos conflitos e dissensos no âmbito dos litígios coletivos. Reconhecer a existência de divergências legítimas na sociedade que titulariza os direitos objeto do processo coletivo é de fundamental

---

<sup>1</sup> Essa situação é verificada quando pessoas atingidas por algum tipo de impacto ambiental, como pescadores que têm sua atividade profissional comprometida por alteração das condições do rio, desejam compensações financeiras, que costumam ser vistas com maus olhos pelos membros do Ministério Público. É comum, nessas hipóteses, o ajuizamento de ações que demandam a recuperação da qualidade pesqueira do local, mesmo que contra a vontade majoritária ou unânime da classe titular do direito material, o que faz com que os membros da classe ajuízem ações individuais para buscar sua reparação pecuniária. Embora seja infrequente o registro jurisprudencial desse debate, ele transparece na existência de ações que demandam compensações financeiras por prejuízo a atividades profissionais decorrentes de impactos ambientais. Ver, por exemplo, Ação Civil Pública nº 2007.38.13.007253-8, que tramitou na Justiça Federal em Governador Valadares-MG, requerendo modificações estruturais que permitissem a recuperação da condição pesqueira do Rio Doce, bem como, no Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Apelação Cível 1.0011.11.002799-9/001, rel. Des. Cláudia Maia, j. 14.8.14, na qual pescadores individuais requeriam indenização financeira pelo mesmo dano (ambos os casos se referem à Usina Hidrelétrica de Aimorés). Tratando de caso análogo, o mesmo Tribunal de Justiça de Minas Gerais afirmou que “É devida a indenização a título de danos materiais se restou demonstrado nos autos que, com a inundação do local para a construção de hidrelétrica, o requerente perdeu sua atividade laborativa”. Apelação Cível 1.0000.00.275995-9/000, rel. Des. Kildare Carvalho, j. 23.5.03, sem fazer referência à necessidade de que a condição ambiental que deu origem ao ilícito fosse solucionada. No Superior Tribunal de Justiça, tratando de assunto similar, ver AgRg no AREsp nº 206.748/SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe 27/02/2013. Ressalte-se que a providência de recuperação das condições pesqueiras apenas aparentemente é superior à reparação pecuniária. Em verdade, ela é tecnicamente difícil, demonstrando-se, por vezes, inviável, além de demandar longo lapso temporal. Sobre os efeitos da degradação ambiental na atividade pesqueira, ver SOARES, Maria Teresa Costa; LIMA, Gilson Brito Alves; BRANDÃO, André Augusto Pereira. Impactos econômicos da degradação ambiental: a crise da atividade pesqueira em Jurujuba – Niterói/RJ. In: *Revista Pesquisa e Desenvolvimento Engenharia de Produção*, n. 4, 2005, p. 39-54.

<sup>2</sup> Ver MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Direitos difusos: conceito e legitimação para agir*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 110-114.



importância para o desenvolvimento de mecanismos participativos que auxiliem na solução dos conflitos daí originários. O tratamento adequado dos conflitos contribui para que o resultado final do litígio efetivamente se consubstancie em tutela jurisdicional adequada do direito violado, e não em uma vitória de Pirro, uma decisão não aderente à realidade material do litígio, que acaba se mostrando inexecutável ou prejudicial aos direitos dos supostos vitoriosos.

## 5.2 A origem dos conflitos

Todo modelo processual coletivo exige algum nível de simplificação da realidade. Se o litígio envolve uma multiplicidade de pessoas serão englobadas em apenas um processo – seja porque o resultado deve ser uniforme para todas elas, ou porque é conveniente, para elas mesmas ou para o sistema judiciário, que assim o seja – é preciso abrir mão de elementos que individualizam suas situações. Uma das suposições mais frequentes é a de que todos os membros da classe querem o mesmo resultado do processo. Por essa razão, imagina-se que eventuais conflitos se apresentarão entre essas pessoas e o seu representante ou o advogado, porque esses atores têm incentivos potencialmente diversos dos membros ausentes, expondo-os à tentação de conduzir o litígio de formas que sejam mais benéficas aos seus próprios interesses e lesivas aos demais. No contexto norte-americano, em que os acordos são frequentes, tal prática é referida como “*sweetheart deal*”<sup>3</sup>, mas ela não se limita ao contexto do acordo, sendo possível que o representante conduza

---

<sup>3</sup> HAY, Bruce e ROSENBERG, David. Sweetheart and Blackmail Settlements in Class Actions: Reality and Remedy. In *Notre Dame Law Review*, vol. 75, n. 4, 2000, p. 1377-1408. Para um exemplo interessante, no contexto da dessegregação escolar, ver WOLTERS, Raymond. The Consent Order as Sweetheart Deal: The Case of School Desegregation in New Castle County, Delaware. In: *Temple Political and Civil Rights Law Review*, vol. 4, n. 2, 1995, p. 271-300. O autor explora a tese de que, considerando a forma como a dessegregação escolar foi conduzida nos Estados Unidos, muitos distritos escolares aceitaram acordos que tiveram pouco impacto concreto na vida dos estudantes, apenas para cumprir formalmente suas obrigações. O legado inacabado da dessegregação é um dos mais interessantes estudos da jurisprudência norte-americana no século XX, mas é virtualmente desconhecido no Brasil, onde repercutiu apenas o caso *Brown v. Board of Education*. Ao contrário do que se imagina, Brown não solucionou o problema da segregação, mas apenas significou um passo inicial e tímido de um processo cujos resultados ainda são equívocos e apenas parcialmente conhecidos. Ver, por exemplo, RHODE, Deborah L. (ed.). *Brown @ 50: the unfinished legacy*. Chicago: American Bar Association, 2004.

toda a ação em desfavor da classe, obtendo uma decisão lesiva a ela. As salvaguardas tratadas no Capítulo anterior têm como objetivo minorar o risco desse conflito.

A necessidade de simplificação dos elementos do litígio transparece, de forma geral, em todas as normas que regulam processos representativos, em maior ou menor grau. A *Rule 23* exige, pelo menos para as ações do tipo (b)(3), que as questões comuns aos membros da classe predominem sobre as individuais, acarretando a impressão de que um conflito significa que aquela não é uma verdadeira classe, o que contraindica a solução coletiva do litígio. Ao decidir os casos *Amchem* e *Ortiz*, a Suprema Corte reforçou esse entendimento, afirmando que pessoas doentes e pessoas apenas expostas a uma determinada substância têm interesses conflitantes e, portanto, não podem compor a mesma classe. Em *Hansberry v. Lee*, o conflito de interesses entre os indivíduos foi o fator essencial para que o resultado da ação anterior não fosse vinculante para aqueles cujos interesses não eram os mesmos do representante e dos demais integrantes da classe com ele alinhados. A existência de conflitos de interesses é um indício de inadequação da representação.

Contudo, quando se aborda o problema com maior profundidade, a situação se torna mais complexa. Richard Nagareda nota que a Suprema Corte, em *Hansberry*, não definiu exatamente o que seriam os “interesses” da classe que deveriam estar alinhados. Se “interesse” for sinônimo de “preferência pessoal”, o mais provável é que toda ação coletiva contenha pessoas com preferências diversas, de modo que o instrumento restaria completamente inviabilizado<sup>4</sup>. Entretanto, do ponto de vista individual, um advogado é proibido de fazer acordos que transijam com os direitos de seus clientes, sem deles obter consentimento<sup>5</sup>. Na seara coletiva, em que esse consentimento é impossível, é preciso definir o que poderia substituí-lo e, mais que isso, quais são os limites da atuação do legitimado coletivo, contrariamente aos interesses da classe que representa ou de parte dela.

---

<sup>4</sup> NAGAREDA, Richard A. Administering adequacy in class representation. In: *Texas Law Review*, vol. 82, 2003, p. 304.

<sup>5</sup> No Brasil, isso se extrai do art. 38 do CPC e, nos Estados Unidos, da Disciplinary Rule 5, contida no ABA Model Code on professional responsibility.

A linha para o tratamento dos conflitos internos à classe é tênue. Permitir que sejam conduzidas ações coletivas em que há grande divergência entre os interesses daqueles que serão atingidos pelo resultado acarreta o risco de impor a pessoas que não participaram do processo resultados injustos, que não poderão ser rediscutidos, e que ainda serão adotados como se fossem favoráveis a essas pessoas. Por outro lado, exigir a formação de subclasses, conforme detalhado no Capítulo anterior, pode acarretar o que Coffee Jr. chamou de “balcanização” do processo, dificultando sua tramitação, aumentando seus custos e, eventualmente, inviabilizando os benefícios da tutela coletiva para os indivíduos que se pretendia proteger<sup>6</sup>. Como diz Bryant Garth, embora as ações coletivas sejam um veículo importante para a promoção de interesses de grupos minoritários ou socialmente oprimidos, elas não raramente envolverão indivíduos com propósitos e visões de mundo diferentes<sup>7</sup>. Além disso, nem todos os conflitos são iguais. Em casos como *Hansberry*, em que os interesses eram dicotômicos – ou a ação anterior é vinculante e o imóvel não pode ser vendido para negros, ou ela não vincula e a venda é válida – a análise do conflito é simples. Mas em casos como *Amchem*, que será abordado a seguir, no qual os interesses são policêntricos, a avaliação do conflito é substancialmente mais complexa e difusa. Os membros da classe provavelmente terão uma vasta gama de posições intermediárias entre ser favorável ou contrário a um determinado resultado<sup>8</sup>.

É possível que o conflito intraclasses seja ignorado pelo representante, mesmo que sua atuação esteja cercada de cautelas, por inúmeras razões. Primeiro, o conflito pode ser desconhecido da própria classe, em virtude de seu grau de difusão. Segundo, ele pode surgir durante o processo, ou apenas na fase de implementação da decisão. Terceiro, ele pode não chegar ao conhecimento do representante, porque os indivíduos não tomaram conhecimento da ação, avaliaram mal o seu alcance ou não expressaram suas opiniões, por exemplo, por pertencerem a uma minoria oprimida dentro da classe. Quarto, a percepção do representante pode estar

---

<sup>6</sup> COFFEE Jr., John C. Accountability: reconciling exit, voice, and loyalty in representative litigation. In: *Columbia Law Review*, vol. 100, 2000, p. 370-439.

<sup>7</sup> GARTH, Bryant G. Conflict and dissent in class actions: a suggested perspective. In: *Northwestern University Law Review*, vol. 77, n. 4, 1982, p. 492-535.

<sup>8</sup> TIDMARSH, Jay. Rethinking adequacy of representation. In: *Texas Law Review*, vol. 87, 2009, p. 1156.

contaminada por suas próprias concepções ideológicas e seus ideais quanto a obtenção da tutela adequada aos direitos da classe. Ele pode perceber o conflito, mas julgar que sua exposição dificultará a obtenção da tutela, ou que as pessoas que defendem a opinião divergente estão erradas, por isso podem ser ignoradas. Como lembra Owen Fiss, o representante não é escolhido pela classe, tendo a prerrogativa de atuar nos casos que considere ser de seu interesse, o que usualmente denota algum tipo de inclinação ideológica<sup>9</sup>. Quinto, o representante pode perceber o conflito e sua seriedade, mas entender que, mesmo assim, é capaz de representar adequadamente todas as posições, apesar de seu caráter conflituoso.

Nenhuma dessas hipóteses significa que o representante age de má-fé ou pretende, de modo deliberado, prejudicar a classe ou seus membros, majoritários ou minoritários, ou atuar em colusão com o réu. Entretanto, em todas elas existe um conflito, em relação ao qual o representante, usualmente, não sabe como agir. Isso deriva, em grande medida, de uma construção inacabada acerca das implicações do elemento representativo nas ações coletivas, que podem ser litigadas e eventualmente encerradas sem que os titulares dos direitos litigiosos participem de qualquer ato do processo<sup>10</sup>. O autor da ação é chamado de “representante” porque não age em nome próprio, mas, conforme demonstrado no Capítulo 3, isso não significa que haja acordo sobre os limites e condições de sua atuação em favor dos ausentes.

O modo como a representação é concebida interfere na própria percepção da existência de um conflito. Toda representação implica o reconhecimento de relevância tanto da vontade do representante, quanto dos representados, o que dá margem a algum grau de cisão entre o comportamento daquele e as vontades destes. Deborah Rhode, analisando especificamente o processo coletivo, justifica essa cisão com o argumento de que, em muitas situações, tais como nos litígios de interesse público, a classe é composta não apenas das pessoas presentemente atingidas, mas também das que virão a ser afetados no futuro. Caso se admita que a definição dos rumos do litígio recaia apenas sobre os membros presentes, incorrer-

---

<sup>9</sup> FISS, Owen M. *Injunctions*. Mineola: The Foundation Press, 1972, p. 560.

<sup>10</sup> SILVER, Charles e BAKER, Lynn. I cut, you choose: the role of plaintiffs' counsel in allocating settlement proceeds. In: *Virginia Law Review*, vol. 89, 1998, p. 1539.

se-á no risco de que eles maximizem o seu próprio bem-estar à custa dos integrantes futuros, que não têm voz no processo. Por exemplo, em litígios relacionados a condições prisionais, é presumível que os presos atuais prefiram a mais ampla melhoria de suas condições, mesmo que isso gere comprometimentos orçamentários, em prejuízo dos presos futuros<sup>11</sup>.

A mesma autora lembra que é possível que os membros mais atuantes da classe tenham interesses conflitantes com os de subgrupos menos representados. Assim, se o representante se fia apenas na manifestação de vontade da classe, sem qualificá-la, corre o risco de contribuir para que as minorias dentro do grupo sejam silenciadas. No caso dos litígios relativos à desinstitucionalização psiquiátrica, que serão tratados na sequência, os tutores dos incapazes eram mais presentes que os próprios internos nas discussões do grupo. Todavia, suas opiniões não seriam necessariamente coincidentes com as dos pacientes, sendo possível que esses tutores, com o objetivo de evitar ônus pessoais, favorecessem soluções que mantivessem a institucionalização dos incapazes, ao invés do tratamento domiciliar, mesmo que este fosse mais benéfico ao paciente<sup>12</sup>. Em terceiro lugar, é possível que os membros da classe, envolvidos emocionalmente no conflito, superestimem os ônus decorrentes de determinadas alternativas. Como exemplo, Deborah Rhode cita pesquisas que constataram que os pais de alunos efetivamente submetidos ao transporte escolar, para atender à finalidade de dessegregação racial, eram menos resistentes à medida que a população negra em geral<sup>13</sup>. Assim, parte das críticas dirigidas à solução decorreriam apenas de uma natural aversão a mudança, inerente à natureza humana.

Por fim, a relevância dos conflitos deve ser sopesada pela circunstância do Poder Judiciário ser, em essência, um sistema contramajoritário<sup>14</sup>, que não pauta sua atuação pela vontade da maioria. Logo, se a decisão judicial independe do desejo dos envolvidos, seria possível afirmar que a formulação da pretensão posta em

---

<sup>11</sup> RHODE, Deborah L. Class Conflicts in Class Actions. In: *Stanford Law Review*, vol. 34, n. 6, 1982, p. 1183-1262. Ver especialmente p. 1243-45.

<sup>12</sup> Idem, ibidem.

<sup>13</sup> Idem, p. 1238.

<sup>14</sup> Esse problema é conhecido, nos Estados Unidos, pela expressão *coutermajoritarian difficulty*, cunhada em BICKEL, Alexander. *The least dangerous bench*. 2nd ed. Binghamton: Bobbs-Merrill Company Inc., 1986. Ver também TUSHNET, Mark. Policy distortion and democratic debilitation: comparative illumination of the countermajoritarian difficulty. In: *Michigan Law Review*, vol. 94, 1995, p. 245-301.

juízo, ao amparo de legitimidade atribuída por lei, também guardaria essa independência. Se o representante apresenta uma pretensão embasada em sua interpretação da lei e da Constituição, e o juiz aquiesce a essa interpretação, a opinião dos representados poderia ser reputada irrelevante. O conflito pode existir “à sombra da lei”<sup>15</sup>, mas não dentro do processo.

Por outro lado, Derrick Bell alerta que os advogados, nessa matéria, estão “tomando decisões, estabelecendo prioridades e assumindo responsabilidades que deveriam ser determinadas pelos seus clientes e moldadas pela comunidade”<sup>16</sup>. Não cabe ao advogado ser o líder da classe e adotar uma postura de “eu sei o que é melhor”, que se torna ainda mais comum quando os representados são pobres<sup>17</sup> e carentes de liderança. Essa situação foi relatada por Martin Mayer, em algumas atuações do *Office of Economic Opportunity – OEO*, órgão criado pelo presidente Lyndon Johnson, com o objetivo de chefiar o que foi chamado de “guerra contra a pobreza”, um conjunto de programas destinados à população sem recursos financeiros, dentre os quais se encontrava a assistência jurídica. Mayer nota que os advogados dos escritórios locais acabaram desenvolvendo forte hostilidade contra as agências governamentais que tinham como missão auxiliar aquelas mesmas pessoas. A confiança de que tudo poderia ser resolvido com ações jurídicas aprisionou esses advogados em uma retórica de “direitos”, que ignorava os benefícios concretos que sua atuação gerava em favor dos clientes. A liderança dos advogados, com sua peculiar forma de ver o mundo, faz com que problemas que não são jurídicos, ou que poderiam ser resolvidos em outras esferas, acabem se tornando questões “de direito”, em prejuízo daqueles que se pretendia beneficiar. “Direitos, como tudo mais, podem ser muito caros para os pobres”<sup>18</sup>. Uma vitória processual, que não se

---

<sup>15</sup> O conceito de disputa à “sombra da lei” sustenta que as opções processuais assumidas pelo sistema, assim como os prováveis resultados se um acordo não for alcançado, influenciam os esquemas de negociação fora do processo. MNOOKIN, Robert H. e KORNHAUSER, Lewis. Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce. In: *Yale Law Journal*, Vol. 88, n. 5, 1979, p. 950-997.

<sup>16</sup> BELL JR., Derrick A. Serving Two Masters: Integration Ideals and Client Interests in School Desegregation Litigation. In: *Yale Law Journal*, vol. 85, n. 4, 1976, p. 470-516. Ver especialmente p. 512.

<sup>17</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>18</sup> MEYER, Martin. The idea of justice and the poor. In: *The Public Interest*, n. 8, 1967, p. 96-115. Citação p. 111.

enquadre nas circunstâncias materiais disponíveis, pode não beneficiar ou mesmo prejudicar os membros da classe<sup>19</sup>.

### 5.3 As espécies de conflitos intraclasse e seu tratamento

O problema abordado no item anterior pode ser sintetizado na seguinte formulação: em alguns casos, uma classe participa de um litígio no qual é interessante ou essencial que se obtenha uma resolução coletiva e abrangente. Contudo, os integrantes da classe têm posições divergentes entre si sobre qual seria a solução desejável, o que acarreta conflitos que dificultam a atuação do legitimado coletivo. Há dois possíveis encaminhamentos óbvios para o problema, ambos insatisfatórios. O primeiro, recorrentemente verificado nos Estados Unidos, é considerar que o caráter conflituoso prejudica a adequação da representação e, por isso, inviabiliza a ação coletiva. Essa proposta negaria aos interessados a tutela coletiva, privando-os de um modelo processual mais adequado, a pretexto de protegê-los. O segundo, que é a resposta implicitamente encontrada na experiência brasileira, é atribuir ao legitimado coletivo a prerrogativa de identificar qual interesse deve prevalecer e, ignorando a divergência ou buscando algum tipo de meio-termo, formular a pretensão do modo como considere mais apropriado. A objeção aqui está em se retirar dos titulares do direito o protagonismo na formulação da pretensão coletiva, em favor de alguém que não necessariamente experimentará com elas as consequências da decisão. Conforme discutido no Capítulo 2, essa solução contribui para a indesejável despersonalização dos direitos objeto do processo, eliminando o referencial subjetivo de adequação da tutela.

Nos Estados Unidos, vários autores procuraram construir soluções para as situações de conflitos intraclasse, evitando tanto a eliminação da possibilidade de tutela coletiva, quanto a concentração da decisão apenas no legitimado coletivo. Charles

---

<sup>19</sup> Derrick Bell exemplifica, no contexto da dessegregação escolar, que muitos advogados, em sua visão, deixaram de considerar que estavam pleiteando para os negros benefícios que não estavam disponíveis nem para os brancos, o que contribuiria para o acirramento da animosidade entre os grupos no futuro. BELL JR., Derrick A. *Serving Two Masters: Integration Ideals and Client Interests in School Desegregation Litigation*. In: *Yale Law Journal*, vol. 85, n. 4, 1976, p. 513.

Silver e Lynn Baker propõem que em qualquer tipo de processo, mesmo individual, a existência de um representante para mais de uma pessoa tem potencial para provocar algum grau de conflito de interesses, que é usualmente aceito pelas partes e pelo sistema jurídico. Por exemplo, se um advogado representa mais de um litisconsorte em uma ação de indenização, ele, de certa forma, participará das decisões de alocação do valor obtido entre elas, o que implica algum nível de conflito, já que cada um quer maximizar os seus próprios ganhos<sup>20</sup>. Assim, exigir uma perfeita e total harmonia de interesses entre os envolvidos no litígio poderia inviabilizar até mesmo a representação de mais de um litisconsorte pelo mesmo advogado. A proposta dos autores, a partir dessa constatação, é que o mesmo nível de conflito que se admite em processos individuais deve ser admitido também em processos coletivos: sempre que o representante e o advogado tenham que tomar decisões em razão de interesses conflitantes da classe, eles devem fazê-lo, aplicando, para tanto, princípios de razoabilidade e de responsabilidade fiduciária, ou seja, o dever de decidir da melhor forma possível, levando em conta o bem-estar da classe, mesmo que desagradando a alguns de seus membros<sup>21</sup>. Não se deve, a pretexto de proteger os ausentes de conflitos de interesse, colocar-lhes em pior situação, excluindo a possibilidade de tutela coletiva que lhes é benéfica<sup>22</sup>.

Jay Tidmarsh demonstra a gravidade do problema de se definir o grau de admissibilidade de conflitos intraclasses em ações coletivas ao estudar cinco casos de *mass torts* e constatar que em nenhum deles se verifica total ausência de conflitos internos ao grupo, embora todos tenham chegado a resultados valiosos para o grupo. O autor afirma<sup>23</sup>:

A maioria das preocupações, nesse casos, são processuais e não materiais. A necessidade de se fazer alguma forma de justiça a uma classe que há muito sofria era patente. Mas o acordo substancialmente interessante não incluiu garantias processuais para membros da classe com interesses divergentes. Assim, os casos do Fator VIII ou IX [casos de sangue contaminado que provocaram a contaminação de hemofílicos com o vírus

<sup>20</sup> É claro que, nesse exemplo, as pessoas se colocaram na situação conflituosa voluntariamente, ao optarem por ter apenas um advogado, circunstância que não existe no processo coletivo.

<sup>21</sup> SILVER, Charles e BAKER, Lynn. I cut, you choose: the role of plaintiffs' counsel in allocating settlement proceeds. In: *Virginia Law Review*, vol. 89, 1998, p. 1465-1540.

<sup>22</sup> Idem, p. 1539.

<sup>23</sup> TIDMARSH, Jay. *Mass Tort Settlement Class Actions: Five Case Studies*. Federal Justice Center, 1998. Citação p. 100.



HIV] nos força a considerar qual conjunto de valores é mais crítico em acordos relativos a *mass torts*: justiça processual ou justiça substancial.

Nesses termos, não se pode, ao tratar de conflitos em ações coletivas, tomar a exceção pela regra e pretender, a pretexto de defender os membros ausentes da classe, privá-los da importante ferramenta que é o processo coletivo<sup>24</sup>. Não foram poucos os autores que apontaram que a existência de ações coletivas é um mero equalizador entre a situação do autor e a do réu. David Rosenberg<sup>25</sup> assevera que o sistema tradicional de adjudicação individual assegura aos réus de processos coletivos o benefício de economia de escala que nega aos autores. Como o dia-a-dia dos juizados especiais brasileiros comprova, o réu que precisa se defender de centenas ou milhares de ações predominantemente iguais tem a possibilidade de tratar todos os casos como se fossem apenas um. Ele contrata o mesmo escritório de advocacia, elabora a mesma defesa, investe na produção da prova técnica e ainda pode repassar seus custos aos próprios lesados, dependendo das condições do mercado em que atua<sup>26</sup>. Assim, quanto maior for o número de causas, menor será o seu custo individual para o litigante habitual. Pelo contrário, os autores têm que contratar advogados e preparar suas ações individualmente, o que os coloca em uma posição de menor eficiência, supondo que ainda seja economicamente interessante. Por essa razão, afirma Rosenberg, obstar as ações coletivas significa alocar de modo favorável ao réu o acesso a economias de escala no âmbito do processo, o que prejudica os objetivos do sistema de responsabilidade civil, de evitar a reiteração de ilícitos e obter compensação pelos efetivamente perpetrados.

<sup>24</sup> Esse não é um fenômeno específico do processo coletivo. Não é incomum que o pretexto de defender direitos seja utilizado contra os grupos supostamente protegidos, como os índios, ou que liberdades constitucionais sejam utilizadas como pretexto paternalista para ataques a esses grupos. Nesse sentido, FORD, Richard Thompson. *Rights gone wrong: how law corrupts the struggle for equality*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2011. O campo em que isso é mais visível é o da liberdade de expressão. Ver FISS, Owen. *The irony of free speech*. Cambridge: Harvard University Press, 1998.

<sup>25</sup> ROSENBERG, David. Mass tort class actions: what defendants have and plaintiffs don't. In: *Harvard Journal on legislation*, vol. 37, 2000, p. 393-431.

<sup>26</sup> Reitere-se que a presente tese não aborda o problema das ações coletivas passivas, tanto em razão de seu próprio corte metodológico, quanto porque, como já mencionado, essas ações são praticamente inexistentes no Brasil e pouco relevantes mesmo nos Estados Unidos. Quanto ao repasse dos custos ao lesado, basta pensar, em primeiro lugar, no Estado, cujas condenações serão suportadas pelo cidadão, inclusive pelo grupo lesado, e no agente econômico que goza de posição dominante no mercado, que o permite repassar ao preço o custo das condenações.

Três conclusões podem ser extraídas da digressão precedente, criando alguns pressupostos para a análise dos conflitos. Primeiro, mesmo em um sistema que admite o *opt-out*, ele não pode ser a solução para todas as situações de conflitos intraclasse, porque exigir que os insatisfeitos se retirem significa privá-los da tutela coletiva e, eventualmente, determinar que suas queixas permaneçam sem reparação, se forem de pequeno valor individual. Segundo, a solução de conflitos intraclasse se faz em benefício da própria classe, não do réu. Existe a possibilidade, pelo menos em teoria, de que a conflituosidade gere o exercício maciço do direito de *opt-out* por membros da classe, fazendo com que o réu seja novamente processado no futuro. Mesmo que isso pareça injusto para com o réu, tal injustiça é apenas aparente, já que o processo coletivo assegura aos membros da classe ganhos de escala de que ele já desfrutava<sup>27</sup>. Terceiro, valores processuais não devem ser sobrepostos à justiça material. A solução de conflitos intraclasse é instrumento para a obtenção de uma decisão mais adequada ao caso, não um fim em si mesmo. Não se pode transformar a garantia processual em instrumento de lesão daqueles a que ela se propõe a proteger, como ocorreu em *Eisen v. Carlisle & Jacquelin*<sup>28</sup>. Ao insistir que, em nome de valores processuais, milhares de pessoas deveriam ser notificadas da pendência de uma ação na qual suas pretensões individuais eram diminutas, o que a Suprema Corte conseguiu não foi criar um processo mais justo, mas fazer com que uma demanda que aparentemente seria julgada procedente em favor da classe fosse extinta, porque os autores não conseguiram suportar o custo da notificação. Com isso, o dano causado pelo réu aos membros da classe ficou sem reparação<sup>29</sup>.

Geoffrey Miller entende que os conflitos de interesse são inevitáveis em ações coletivas, embora isso não signifique que os tribunais tenham desenvolvido um método unívoco para lidar com eles. Sua proposta, assim como a de David Dana, para o problema da adequação da representação – questão umbilicalmente ligada aos conflitos intraclasse – toma como base o princípio do véu da ignorância de John Rawls. Miller formula um teste hipotético, segundo o qual “um conflito de interesse

---

<sup>27</sup> CAMPOS, Sergio. Mass torts and due process. In: *Vanderbilt Law Review*, vol. 65, n. 4, 2012, p. 1059-1121.

<sup>28</sup> 417 U.S. 156 (1974).

<sup>29</sup> SILVER, Charles e BAKER, Lynn. I cut, you choose: the role of plaintiffs' counsel in allocating settlement proceeds. In: *Virginia Law Review*, vol. 89, 1998, p. 1540.

não deve ser permitido se um demandante razoável, operando por trás de um véu de ignorância acerca de sua posição na classe, se recusasse a consentir com o arranjo”<sup>30</sup>. Já que não é possível obter o consentimento real dos membros da classe, a ideia é construir um experimento mental que permita a construção do consentimento hipoteticamente. A vantagem do teste abstrato de Miller é que ele desconsidera fatores concretos que poderiam inviabilizar injustamente o processo. Por exemplo, o demandante racional não leva em conta animosidades que possa nutrir contra o réu, como o desejo de vingança pela conduta praticada, não é favorável ou contrário à ação por razões ideológicas, é medianamente afeito aos riscos envolvidos no processo e não é motivado pelo efeito de catarse que poderia decorrer do seu *day in court*. Ele está disposto a aceitar o resultado do processo, se isso aumentar o valor de seus direitos. Em síntese, a avaliação de um conflito não deve ser contaminada por fatores subjetivos que um agente não compartilha com outros membros da classe<sup>31</sup>.

O teste de Miller deve ser calibrado, ainda por trás de um véu de ignorância, em relação às posições individuais de cada membro da classe, por dois fatores: o benefício obtido pela classe como um todo e a variação da distribuição da recompensa entre seus integrantes. O primeiro fator depende do custo dos mecanismos disponíveis para a resolução dos conflitos intraclasse. Quanto mais onerosos eles forem, menor será o valor global destinado à classe e, com isso, menor será o interesse na solução do conflito. A estratégia ótima pode ser simplesmente aceitar sua existência e as eventuais distorções que possa causar. Além disso, quanto mais numerosa for a classe, menor será o impacto da inclusão de novos indivíduos, mesmo em situações duvidosas, porque suas pretensões são proporcionalmente reduzidas em relação ao valor total que se pretende obter. Em classes pequenas, a sensibilidade ao conflito de interesses é mais pronunciada, tendo em vista que a pretensão em conflito pode representar parcela substancial da pretensão total apresentada em juízo.

---

<sup>30</sup> MILLER, Geoffrey P. Conflict of Interests in Class Action Litigation: An Inquiry into the Appropriate Standard. In: *The University of Chicago Legal Forum*, 2003, p. 581-630. Citação p. 582.

<sup>31</sup> Idem, p. 591.

O segundo fator depende da aversão a risco dos indivíduos que compõem a classe. Classes em que os danos médios, experimentados por seus integrantes, são elevados, serão compostas por indivíduos racionais avessos a risco, já que o montante que têm a perder é substancial. Nas classes em que o valor individual dos prejuízos é pequeno, é razoável assumir que os indivíduos serão menos avessos a risco, pois não sofrerão efeitos significativos em caso de derrota. A aversão a risco também tende a ser alta no caso de demandas de natureza não pecuniária, mas cujo resultado afeta a vida cotidiana dos indivíduos, como é o caso da dessegregação racial escolar<sup>32</sup>. A análise do grau de aversão a risco dos membros da classe é importante para que se estabeleça o grau em que estariam dispostos a aceitar pertencer a uma classe conflituosa, em troca da possibilidade de obtenção de um resultado final favorável. Quanto maior a aversão a risco, menos propensos estarão os integrantes da classe a aceitar essa situação e, portanto, mais necessário se torna lidar com o conflito.

A partir desses elementos – a aceitabilidade do conflito de interesses para um demandante razoável, por trás de um véu de ignorância, calibrado pelo custo de sua resolução e pelo grau de aversão a risco dos membros da classe – seria possível construir um modelo de análise que substitui a necessidade do consentimento individual, materializado em técnicas de *opt-in*. Por trás de um véu de ignorância, os indivíduos tenderão a favorecer soluções que maximizem a utilidade do processo para a classe e que minimizem a diferença entre o valor dos direitos de cada um deles, em jogo no processo, e a parcela do benefício que lhes será destinada, ao final. Os conflitos intraclasse serão tão mais graves quanto mais potencial tiverem para reduzir o resultado global do processo ou aumentar a variação entre o valor dos direitos dos indivíduos que a compõem e a parcela do resultado a eles destinada.

Nesse sentido, o fato de indivíduos nutrirem expectativas diferentes, em relação ao resultado do processo, não será um conflito relevante se tal resultado for divisível entre eles, permitindo que cada um receba aproximadamente aquilo a que fazia jus, ou seja, se o pedido for uma aproximação razoável do valor dos direitos de cada um

---

<sup>32</sup> Idem, p. 595.

e a satisfação de um não comprometer a dos demais<sup>33</sup>. Em toda ação coletiva existem divergências de opinião e de interesses, mas a presença desses três fatores garante que a busca da tutela em favor de alguns não se faça ao custo de prejuízos substanciais aos demais. Logo, não há comprometimento da adequação da representação. O mesmo raciocínio se aplica, embora de modo mais precário e sensível às peculiaridades de cada caso, quando as causas de pedir ou as provas necessárias diferem entre os membros da classe, desde que não sejam mutuamente excludentes. Finalmente, o fato da tutela pretendida ser distinta para diferentes subgrupos de indivíduos (por exemplo, tutela específica para alguns e tutela pelo equivalente para outros) também não constitui conflito digno de preocupação se ela for justificada por diferenças nos direitos materiais de cada um e se o fato de se obter uma não comprometer a obtenção da outra<sup>34</sup>.

A segunda categoria de conflitos descrita por Miller é composta pelos conflitos que são administráveis, mas de modo imperfeito. Por exemplo, em um litígio de pequeno valor individual, em que os membros da classe realizaram um número variado de transações indenizáveis, não seria vedado estabelecer uma categoria de indenização que agrupasse todos aqueles que fizeram “mais que x transações”, ainda que isso iguale pessoas em situações distintas. O fato do resultado do processo não corresponder exatamente à situação de cada um dos autores é compensado pela economia de custos administrativos que decorre da coletivização. Um demandante razoável, por trás de um véu de ignorância, daria aval a essa solução, por aumentar o valor total disponível para a classe, ao mesmo tempo em acarreta pequeno risco individual<sup>35</sup>.

Outra categoria de conflitos surge quando o que é dado a alguns membros da classe deve necessariamente ser subtraído de outros, o que a teoria dos jogos determina de conflito de soma zero<sup>36</sup>. Essa situação é visível em litígios relacionados a valores mobiliários cujo preço foi elevado artificialmente em um determinado momento, pela

---

<sup>33</sup> Esclareça-se que palavra “valor”, no texto, não significa apenas valor financeiro, mas qualquer utilidade que os membros da classe esperem obter em razão do processo.

<sup>34</sup> MILLER, Geoffrey P. Conflict of Interests in Class Action Litigation: An Inquiry into the Appropriate Standard. In: *The University of Chicago Legal Forum*, 2003, p. 599-601.

<sup>35</sup> Idem, p. 601-602.

<sup>36</sup> MYERSON, Roger B. *Game Theory: Analysis of Conflict*. Cambridge: Harvard University Press, 1997.

ocultação de alguma informação, por exemplo. Embora se trate de uma situação que aparentemente não acarreta dificuldades para ser tratada coletivamente, ela oculta um potencial conflituoso, apontado por David Ross<sup>37</sup>, no caso *Seagate II*<sup>38</sup>, relacionado à elevação fraudulenta do preço de ações de uma empresa por um período de vários meses. O juízo do Distrito Norte da Califórnia identificou duas possibilidades de conflito entre os membros da classe. A primeira é o conflito vendedor-comprador. Quem comprou ações no período suspeito teve prejuízo, porque pagou mais do que seria o seu valor real. Mas se essa mesma pessoa também vendeu ações nesse período, ele teve lucro, porque recebeu mais do que deveria. A segunda é o conflito dos portadores atuais: quem ainda tem ações da empresa, mesmo que as tenha negociado no período em que se identificou a influência da informação falsa, não tem interesse em que o valor pago à classe seja muito elevado porque, quanto maior ele for, mais as ações da empresa que ele ainda detém se desvalorizarão. Assim, é possível que alguém, mesmo tendo comprado ações durante o período impugnado, tenha experimentado resultado final positivo, auferindo lucro, dependendo das transações que efetivamente realizou. Também é possível que o melhor resultado para um membro da classe seja ignorar o prejuízo pretérito, em razão do número de ações que mantém em sua propriedade, ao invés de arriscar uma desvalorização ainda maior de sua posição, em decorrência da reparação.

Além desses conflitos de pretensões, ainda há um conflito probatório. Todos aqueles que compraram e venderam ações terão interesse na produção de provas que demonstrem que, no dia em que compraram, o valor das ações estava mais inflacionado do que no dia em que venderam. Como a aferição de valor de ações negociadas em bolsa depende de expectativas de mercado, cuja apreciação é um tanto subjetiva<sup>39</sup>, a estratégia probatória adotada pelo representante da classe pode influenciar significativamente o resultado do processo para os ausentes<sup>40</sup>.

---

<sup>37</sup> ROSS, David. Do conflicts between class members vitiate class action securities fraud suits? In: *St. John's Law Review*, vol. 70, n. 2, 1996, p. 209-238.

<sup>38</sup> *In re Seagate Technology II Securities Litigation*, 843 F Supp 1341 (N. D. Cal., 1994). O conflito descrito a seguir acabou não sendo resolvido pelo juízo, que determinou a realização de uma audiência para produção de provas. Antes que ela fosse realizada, contudo, os representantes alteraram a definição da classe, para excluir os ausentes em situação de conflito.

<sup>39</sup> Ross exemplifica que uma empresa divulga várias informações significativas para o mercado cotidianamente, de maneira que sempre haverá controvérsia na determinação de qual delas impactou

David Ross entende que esses conflitos são sérios e têm potencial para comprometer a adequação da representação e a tipicidade das queixas. Ele é cético em relação à possibilidade de que esse problema possa ser resolvido pela criação de subclasses baseadas na data em que ocorreu a transação, porque seriam tantas as possíveis combinações que o processo se tornaria inviável. Além disso, o autor entende que as subclasses são apenas um método para reconhecer o conflito, mas não para resolvê-lo, já que ele continua subsistindo entre as diferentes subclasses. Isso se confirmaria pelo fato de que, embora muitos tribunais tenham sugerido a adoção de subclasses para remediação de conflitos em ações relacionadas a valores mobiliários, nenhum efetivamente o determinou. Em conclusão, Ross afirma que o conflito é insolúvel e esses casos devem deixar de ser tratados como *class actions*.

Geoffrey Miller, por outro lado, sustenta que a maioria das cortes se recusa a reconhecer conflitos de interesses que inviabilizam a certificação de classes nos casos do conflito comprador-vendedor, reputando-o pouco substancial ou relacionado apenas com o montante devido a cada um, não com a responsabilização em si<sup>41</sup>. Miller confirma que essa interpretação passaria em seu teste de consenso hipotético, porque um demandante racional, por trás de um véu de ignorância, não teria dificuldades em concordar que o representante deve buscar a maior recuperação para a classe como um todo. Ignorando a questão da subjetividade da estratégia probatória, ele entende que os fatos vão limitar a atuação do representante em favor de um ou outro subgrupo. A maioria dos membros da classe terá pouco a perder, ou por ter poucas ações, ou por tê-las diluída em um portfólio, como é o caso dos investidores institucionais<sup>42</sup>. Assim, esse conflito não representaria impedimento para o desenvolvimento de uma *class action*.

---

mais significativamente na opinião dos compradores e vendedores, o que influencia na definição das datas em que o preço estaria mais desvinculado do valor real de mercado, caso a informação verdadeira fosse conhecida.

<sup>40</sup> ROSS, David. Do conflicts between class members vitiate class action securities fraud suits? In: *St. John's Law Review*, vol. 70, n. 2, 1996, p. 219.

<sup>41</sup> MILLER, Geoffrey P. Conflict of Interests in Class Action Litigation: An Inquiry into the Appropriate Standard. In: *The University of Chicago Legal Forum*, 2003, p. 603.

<sup>42</sup> Ainda seria possível acrescentar que os investidores institucionais terão todas as condições de exercer seu direito de *opt-out* e ajuizar uma ação individual.

Em relação ao conflito dos portadores atuais, o autor observa uma maior reticência dos tribunais, que resulta em abordagens variadas. Esse tipo de conflito também pode se apresentar em outros contextos, como em casos de lesão a direitos trabalhistas, quando a classe engloba tanto empregados quanto ex-empregados do responsável pelo ilícito, ou em casos em que parte dos membros da classe ainda é cliente da empresa que causou a lesão, podendo experimentar aumentos em seus pagamentos para custear o resultado do processo. Enfim, em toda situação em que alguns membros da classe ainda mantêm e pretendem manter relação futura com o réu, apesar do ilícito, esses sujeitos têm razões para querer algo diferente daqueles que romperam todos os vínculos com o demandado. Em tais hipóteses, a solução dependerá do quanto cada membro da classe tem em jogo, tanto no aspecto da recuperação que poderá ser proporcionada pela ação, quanto no impacto desta sobre sua relação atual com o réu. Se o resultado do processo for pouco significativo do ponto de vista individual, a aversão a risco será baixa e os custos da subdivisão da classe não serão justificados. Caso contrário, a solução seria a criação de subclasses, separando os membros que já encerraram sua relação com o réu dos que ainda a mantêm, designando-se advogados e representantes distintos para cada um dos grupos.

Outra espécie de conflitos intraclasses, discutida por Miller, é a que envolve membros presentes e futuros da classe, como nos casos de *mass torts*, em que se pretende a obtenção de uma solução que contemple tanto as pessoas atualmente doentes, quanto aqueles que foram expostos e podem ou não vir a desenvolver a doença. Conforme exposto, a Suprema Corte abordou essa situação em *Amchem Products v. Windsor*<sup>43</sup> e um dos fatores que a levou a recusar o acordo elaborado foi o conflito de interesses entre membros presentes e futuros da classe. A razão é que as pessoas que estão presentemente doentes pretendem a maior recuperação possível, imediatamente, enquanto aqueles que foram expostos se interessam em garantir um fundo que possa ser sacado no futuro. Miller se alia aos autores que entendem que, abstratamente, esse conflito é superestimado, porque todos os membros da classe, assim como o representante e seu advogado, têm interesse em maximizar o valor destinado à reparação. Se houver uma forma apropriada de se

---

<sup>43</sup> 521 US 591 (1997).



calcular o número de membros futuros, essa circunstância não criaria tensão insuperável na classe, eis que mesmo aqueles que já desenvolveram a doença, embora potencialmente tenham mais interesse em acompanhar o processo de perto, não controlam totalmente os seus rumos.

Contudo, aplicando ao caso o teste do litigante racional, por trás de um véu de ignorância, Miller afirma que se fossem detectados indícios de que o advogado tem razões concretas para favorecer os membros da classe já doentes, haveria razão para negar a representação unitária e demandar a constituição de subclasses. Outra circunstância a ser considerada é o fato do litígio ser relativo à reparação por uma doença grave, o que implica que o litigante será extremamente avesso a risco, pois tem muito a perder. A representação unitária aumenta as chances de que a preocupação do representante se foque em obter compensação globalmente maior, mas não em evitar erros de distribuição desta no interior da classe, o que é relevante para um litigante avesso a riscos. Por último, deve ser considerada a dificuldade na identificação e formação de subclasses. Com base nesses fatores, o autor entende que o resultado de *Amchem* foi correto, mas que ele não pode ser interpretado no sentido de que todas as ações que envolvem queixas presentes e futuras demandam subclasses. Se os valores individuais forem baixos, como em litígios de consumo, essa exigência é de todo desnecessária.

Os conflitos relacionados aos casos do amianto também foram analisados por outros autores, sob diferentes perspectivas. John Coffee Jr.<sup>44</sup> concorda com a Suprema Corte e entende que a formação de subclasses, com representantes e advogados distintos, seria essencial em casos como *Amchem*, porque os gestores do fundo de reparação estão mais sujeitos a pressões dos doentes presentes do que dos futuros, o que arrisca sua sustentabilidade no longo prazo. As subclasses não poderiam ser substituídas pelo *opt-out* porque esse direito dificilmente será exercido por alguém que sequer sabe se ficará doente um dia. Wolfman e Morrison<sup>45</sup> vão ainda mais longe, para firmar que a *Rule 23* deixa vulneráveis todos os membros da classe cujos interesses não coincidem com os do representante e do advogado. Os autores

---

<sup>44</sup> COFFEE Jr., John C. Class wars: the dilemma of mass tort class action. In: *Columbia Law Review*, vol. 95, n. 6, 1995, p. 1343-1465.

<sup>45</sup> WOLFMAN, Brian e MORRISON, Alan B. Representing the unrepresented in class actions seeking monetary relief. In: *New York University Law Review*, vol. 71, p. 439-513.

partem de uma diferenciação similar à que foi esposada no Capítulo 2 desta tese, entre *class actions* simples e complexas, para afirmar que, quanto mais complexo se torna o caso, mais alguns membros ausentes se tornam “não representados”, em razão da não coincidência de interesses.

Wolfman e Morrison analisam três casos que consideram complexos, relativos a lesões provocadas por amianto (caso *Amchem*), implantes de silicone<sup>46</sup> e veículos General Motors com vícios de fabricação<sup>47</sup>, para demonstrar a inadequação reiterada dos acordos para proteger os lesados futuros, expondo-os a uma situação pior que a dos lesados presentes. Mais que isso, a tutela coletiva pode permitir, em situações desse tipo, que sejam celebrados acordos que levam a resultados impossíveis caso o processo fosse julgado, como no caso GM, em que a reparação aos membros da classe foi um cupom de desconto de US\$ 1 mil para a compra de outro veículo da marca, com uma série de restrições, inclusive a validade de quinze meses. Estimou-se que aproximadamente metade da classe não usaria o desconto, por não ter recursos para complementar o montante necessário para a aquisição de um carro novo. A proposta de Wolfman e Morrison é que a *Rule 23* fosse emendada para exigir a formação de subclasses sempre que estejam envolvidos membros futuros ou quaisquer subgrupos que possam ser adversamente afetados pelo resultado do processo, por uma proposta de acordo, ou possam ter interesses distintos do representante. Além de garantias processuais, os autores propõe que, em caso de acordo, o juiz pudesse remanejar verbas com o objetivo de proteger subgrupos tratados de modo injusto, alterando a alocação das prestações substanciais, à revelia das partes. Finalmente, se a pretensão original era monetária, mas a solução proposta é de reparação não monetária, o juiz deve avaliar

---

<sup>46</sup> *In re Silicone Gel Breast Implant Prods. Liab. Litig.*, 887 F.Supp. 1447 (N.D.Ala.1995). Este é um dos maiores acordos da história do processo coletivo americano, criando um fundo mais de de US\$ 4 bilhões. O maior acordo coletivo da história dos Estados Unidos permanece sendo o Tobacco Master Settlement Agreement, firmado em conjunto pelas quatro maiores fabricantes de cigarros do país, perante os Attorneys General de 46 Estados e do Distrito de Columbia, para pagar, em 25 anos, US\$ 206 bilhões (os quatro Estados restantes já haviam chegado a acordos anterioremente). O acordo se refere apenas à compensação pelos custos sanitários incorridos pelos estados em razão do consumo de cigarros por pessoas elegíveis para programas de saúde pública, especialmente o *Medicaid*. Não estão incluídas quaisquer reparações aos indivíduos fumantes.

<sup>47</sup> *In re General Motors Corp. Pickup Truck Fuel Tank Prods. Liab. Litig.* 55 F.3d 768 (3d Cir., 1998).

realisticamente a possibilidade de que ela seja aproveitada por todos os membros da classe<sup>48</sup>.

O reverso dessa moeda são as dificuldades que a adoção de mecanismos para a solução do conflito pode criar. Se elas forem tantas ao ponto de inviabilizar a tutela coletiva, os ausentes podem ficar em pior situação do que se assumissem os riscos do conflito. Como diz George Rutherglen<sup>49</sup>, as pessoas que foram expostas a risco, mas não estão doentes, não têm, via de regra, uma causa de pedir que viabilize o ajuizamento imediato de uma demanda. Logo, se forem excluídas de um processo que pode prestar tutela a seus direitos, em conjunto com os da classe já concretamente lesada, provavelmente a suposta defesa de suas prerrogativas processuais os deixará em pior situação substancial, pois não farão jus a qualquer tipo de reparação imediata<sup>50</sup>. No futuro, se estiverem doentes, é possível que o patrimônio do réu já tenha sido esgotado pelas demandas anteriores. Em outras palavras, não há indicação segura de que o resultado que essas pessoas poderiam obter em um processo individual, assumindo todos os seus custos, seria superior ao de uma ação coletiva em que seus direitos estejam em posição secundária em relação aos de outros membros da classe.

Além disso, Deborah Hensler demonstra, a partir de pesquisa empírica, que a ideia de que, em um processo individual, ajuizado a partir de uma lesão de massa, o controle da demanda está inteiramente nas mãos da parte, não passa de um mito. Na verdade, se o processo não for coletivo, o mercado se encarregará de produzir uma coletivização informal, com os réus contratando grandes escritórios de advocacia para preparar uma defesa padrão, que será meramente reproduzida, com poucas variações, em todos os demais processos. Já as vítimas acabarão

---

<sup>48</sup> WOLFMAN, Brian e MORRISON, Alan B. Representing the unrepresented in class actions seeking monetary relief. In: *New York University Law Review*, vol. 71, p. 439-513, especialmente p. 502-506.

<sup>49</sup> RUTHERGLEN, George. Future claims in mass tort cases: deterrence, compensation, and necessity. In: *Virginia Law Review*, vol. 88, 2002, p. 1989-2007.

<sup>50</sup> Isso não é necessariamente verdadeiro, pelo menos não nos Estados Unidos. Nos últimos anos, foram ajuizadas diversas ações, individuais e coletivas, em favor de pessoas que foram expostas a substâncias potencialmente causadoras de doenças, para obrigar os responsáveis pela exposição a pagar as despesas de monitoramento médico das vítimas, a fim de diagnosticar a doença em estágios precoces e, com isso, permitir seu tratamento. Ver ISSACHAROFF, Samuel. Preclusion, Due Process, and the Right to Opt Out of Class Actions. In: *Notre Dame Law Review*, vol. 77, n. 4, 2002, p. 1057-1081 e também VENUGOPAL, Pankaj. The Class Certification of Medical Monitoring Claims. In: *Columbia Law Review*, vol. 102, n. 6, 2002, p. 1659-1695.

majoritariamente distribuídas entre poucos advogados especializados, geralmente indicados por alguma organização – associação, sindicato – que também enquadrarão seus casos em um padrão, para permitir ganhos de escala<sup>51</sup>. Como diz Issacharoff, essa defesa de prerrogativas processuais desvinculada do mundo real tem um ar de fantasia, não acarretando benefícios concretos às pessoas que são supostamente protegidas por elas, e ainda permite que os mecanismos de agregação sejam decididos pelos advogados, com critérios econômicos, e não em um processo que garanta salvaguardas que propiciam, em alguma medida, o escrutínio público<sup>52</sup>.

Em síntese, do ponto de vista substancial, o que se busca na tutela coletiva de lesados presentes e futuros é uma espécie de equidade temporal, que não significa tratar de modo exatamente igual a essas duas categorias de demandantes, mas sim evitar que os lesados futuros sejam colocadas em situação deliberadamente pior, seja para estimular o réu a celebrar o acordo, ou simplesmente por ser a solução mais fácil<sup>53</sup>, considerando que o grupo que já experimenta os efeitos da lesão é mais mobilizado e ciente das consequências do processo. Seu sofrimento visível será um argumento mais forte do que as possibilidades estatísticas de alguém que foi exposto a uma substância nociva ficar doente futuramente. Atender ao grupo presente em detrimento do futuro, além de injusto, poderá implicar apenas o adiamento de um problema que, quando chegar, encontrará pessoas em circunstâncias tão ruins quanto as que hoje são visíveis, mas sem as mesmas condições processuais para enfrentá-las, dada a existência do acordo anterior.

Relacionado à questão dos litigantes presentes e futuros está o problema da exoneração sem compensação e dos resultados negativos<sup>54</sup>. Ele ocorre nas hipóteses em que a solução coletiva prevê que determinados membros da classe não receberão qualquer compensação ou terão resultados negativos com o

---

<sup>51</sup> HENSLER, Deborah R. As times goes by: asbestos litigation after *Amchem* and *Ortiz*. In: *Texas Law Review*, vol. 80, 2002, p. 1898-1924.

<sup>52</sup> ISSACHAROFF, Samuel. Shocked: Mass Torts and Aggregate Asbestos Litigation after *Amchem* and *Ortiz*. In: *Texas Law Review*, vol. 80, n. 7, 2002, p. 1925-1942.

<sup>53</sup> MARGULIES, Peter. The new class action jurisprudence and public interest law. In: *New York University Review of Law and Social Change*, vol. XXV, 1999, p. 487-538.

<sup>54</sup> MILLER, Geoffrey P. Conflict of Interests in Class Action Litigation: An Inquiry into the Appropriate Standard. In: *The University of Chicago Legal Forum*, 2003, p. 614.

processo, seja porque seus direitos entram como “moeda de troca” em um acordo, seja porque eles são vistos como não meritórios pelo representante. Também é possível que o benefício pretendido para uma parcela da classe somente possa ser obtido acarretando prejuízos a outra, como no caso de impugnação de alterações não lineares de políticas tarifárias de serviços públicos.

O Superior Tribunal de Justiça proferiu duas decisões interessantes na matéria. No final da década de 1990, o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul ajuizou ação contra a companhia de saneamento estadual, requerendo a instalação de hidrômetros em todas as residências e o fim da cobrança por presunção de consumo. Embora seja defensável sob vários aspectos, esse pedido certamente atende aos interesses de uma parte dos consumidores, os que consomem abaixo do mínimo presumido, mas prejudica outra, que consome acima desse mínimo e tem interesse em continuar pagando o valor atual. Além disso, o custo da instalação dos hidrômetros, ainda que seja encargo do prestador, será repassado para a tarifa, o que também não foi levado em consideração. Assim, o Ministério Público, embora representasse formalmente todos os consumidores de água dos municípios elencados, materialmente, só representava parte deles, não havendo notícia de que tenha sido adotada qualquer providência para lidar com o conflito<sup>55</sup>.

O argumento contrário, nesse exemplo, é o de que o réu representa adequadamente os indivíduos beneficiados pela política impugnada pelo autor. Conforme será detalhado a seguir, na análise do caso *Martin v. Wilkes*, não é possível sustentar essa presunção em todas as situações, sendo concebível que o resultado do litígio, mesmo favorável ao réu, seja contrário aos interesses da subclasse de beneficiados com a manutenção do *status quo*. O vício de raciocínio decorre da tendência de se analisar resultados de processos judiciais em termos de procedência ou improcedência, vitória ou derrota, ignorando as infinitas possibilidades que existem entre esses dois extremos. O Superior Tribunal de Justiça, embora não tenha lidado com o caso como um conflito representativo, percebeu que “o entendimento, data vênica, não tem respaldo legal, nem aproveita aos consumidores que estão em faixa abaixo do custo real”, decidindo pela improcedência do pedido.

---

<sup>55</sup> Os fatos são narrados no REsp 485.842/RS, rel. Min. Eliana Calmon, j. 06/04/2004.

Mais recentemente, o STJ negou a um sindicato a legitimidade para ajuizar mandado de segurança coletivo, “ante a existência de nítido conflito de interesses”, porque o provimento beneficiaria alguns de seus filiados e prejudicaria outros<sup>56</sup>. No caso, o Sindicato dos Servidores da Assembleia Legislativa e do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo demandava o pagamento do auxílio-alimentação em pecúnia, restando demonstrado nos autos que parte da categoria preferia recebê-lo por intermédio de cartão eletrônico. O acórdão recorrido julgou extinto o processo, afirmando que “o sindicato não tem legitimidade ativa para impetrar mandado de segurança coletivo visando defender parte da categoria, se o restante dos sindicalizados tem interesses divergentes”. A entidade alegava, em recurso ao Superior Tribunal de Justiça, que sua legitimidade decorre da Constituição e não da concordância de seus filiados. Apesar de ressaltar que cabe a impetração de mandado de segurança coletivo em favor apenas de parte da categoria, a Ministra relatora asseverou:

tendo em vista que eventual concessão da segurança acarretaria prejuízo aos interesses de parte dos servidores sindicalizados, deve ser mantida a decisão que extinguiu o feito sem resolução de mérito, tendo em vista a ilegitimidade do Sindicato para impetrar o presente writ na defesa de interesses divergentes de parcela dos servidores a ele filiados.

É certo que o Superior Tribunal de Justiça, nos poucos precedentes em que trata do assunto<sup>57</sup>, não desenvolve a argumentação sobre o problema dos conflitos ou sua solução, limitando-se, em decisões muito breves, a extinguir os processos sem julgamento de mérito, com fulcro na ilegitimidade ativa e também em virtude das limitações cognitivas inerentes ao mandado de segurança. De todo modo, a representação de toda uma classe de sindicalizados ou associados, com interesses

---

<sup>56</sup> RMS 23.868/ES, Rel. Min. Maria Thereza De Assis Moura, j. 17/08/2010.

<sup>57</sup> Em sentido similar, também do STJ, RMS 19.803/MG, Rel. Min. Paulo Medina, j. 23/08/2005, aplicando o entendimento também às associações: “Inexiste qualquer impedimento para que as associações impetrem mandado de segurança na defesa interesses de apenas partes de seus associados, quais sejam, os militares aposentados, porquanto não sejam interesses contrários aos interesses do restante da categoria”. RMS 13131/SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 25/11/2003: “entidade sindical, como é da sua natureza, não possui legitimidade ativa para impetrar mandado de segurança coletivo, se da concessão da ordem possa advir prejuízo para parcela dos sindicalizados, por força de irremovível conflito de interesses”. RMS 19.935/SP, Rel. Min. José Arnaldo Da Fonseca, j. 15/09/2005.

divergentes, por um único representante, não passaria no teste de consentimento hipotético proposto por Miller<sup>58</sup>.

#### 5.4 Conflitos intraclasse em litígios de interesse público

Um ponto especialmente perspicaz na análise de Geoffrey Miller é o problema dos conflitos de soma zero, que podem ser relevantes e, mesmo assim, permanecer obscurecidos, em situações cuja pretensão é uma obrigação de fazer. Diferentemente de uma obrigação de pagar, quando o que se busca é a adoção de uma nova política ou postura por parte do réu, pode ser virtualmente impossível determinar qual resultado representa a maximização de valor para a classe. Além disso, quando as ações coletivas pretendem a promoção de direitos fundamentais<sup>59</sup>, o que, desde Abram Chayes, é conhecido nos Estados Unidos como *public law litigation*<sup>60</sup>, tanto o representante, quanto o advogado da classe costumam ser movidos por crenças ideológicas em uma determinada noção de bem público, o que os torna propensos a ignorar vozes contrárias à promoção desse objetivo, mesmo que vindas do interior da classe. Em terceiro lugar, não é incomum que esses litígios ocorram em um cenário em que milhares ou mesmo milhões de pessoas serão afetadas por seu resultado, formando uma superclasse que maximiza o potencial de conflito. Finalmente, o impacto do resultado do litígio na vida dos integrantes da classe tende a ser elevado, fazendo com que seu grau de aversão a risco seja alto.

---

<sup>58</sup> MILLER, Geoffrey P. Conflict of Interests in Class Action Litigation: An Inquiry into the Appropriate Standard. In: *The University of Chicago Legal Forum*, 2003, p. 615.

<sup>59</sup> Nos Estados Unidos, a referência é a *Civil Rights*. É importante observar que, para a doutrina e jurisprudência americanas, nem todos os *civil rights* são *fundamental rights*. Leis que restrinjam os direitos fundamentais devem passar pelo critério do *strict scrutiny*, o que não se estende a todos os direitos dos indivíduos. Assim, por exemplo, a não discriminação racial foi reconhecida pela Corte como direito fundamental. Já a discriminação de gênero se submete ao *intermediate scrutiny*, menos exigente, e as demais diferenciações entre pessoas, não baseadas em classificações suspeitas ou quase suspeitas, são avaliadas por um escrutínio de *rational basis*. Como essa diferença não existe no Brasil, onde se entende que todos os direitos garantidos pela Constituição são igualmente fundamentais, optou-se pela tradução do termo *civil rights* como direitos fundamentais, ao invés da literal direitos civis, que é um termo não utilizado no país, em nome da clareza do texto.

<sup>60</sup> CHAYES, Abram. The Role of the Judge in Public Law Litigation. In: *Harvard Law Review*, vol. 89, n. 7, 1976, p. 1281-1316.

Por tais razões, a necessidade de criação de subclasses deve ser apreciada com especial cuidado<sup>61</sup>.

Peter Margulies exemplifica essa situação analisando processos em favor de crianças em sistemas protetivos estatais, cujos recursos são sempre insuficientes para atendê-las. Como essas crianças se encontram em situações diversas, uma ação coletiva poderá beneficiar apenas parte delas, ignorando as outras subclasses, ou, pior, levar à concentração de recursos para algumas em detrimento de outras<sup>62</sup>. Isso pode, com o passar do tempo, fazer com que crianças que estavam em situações menos periclitantes ocupem o lugar daquelas que foram remediadas. Logo, o problema dos resultados coletivos de soma zero em relação a subclasses futuras existe tanto nos litígios relativos a compensações financeiras, quanto em processos de interesse público. Mesmo que pareçam positivas, no curso prazo, as decisões coletivas relativas a casos desse tipo podem ocultar em si potencial para causar prejuízos a outras pessoas, inicialmente não consideradas, que ficarão em situação tão ruim quanto aquelas que se beneficiaram com o ajuizamento da ação.

A ironia apontada pela doutrina é que, embora os conflitos sejam tão ou mais graves em processos de interesse público, eles são menos percebidos pelos tribunais. Assume-se, de forma geral, que existe uma solidariedade entre os membros da classe, maior do que a existente entre pessoas que simplesmente querem ser compensadas financeiramente. Isso faz com que posições minoritárias ou divergentes sejam descartadas sem maior escrutínio. A *Rule 23* contribui para essa suposição, ao exigir a predominância das questões comuns para os membros das classes (b)(3) e autorizar-lhes o *opt-out*, enquanto os membros de classes (b)(2) serão necessariamente atingidos pela decisão, que pode ser proferida em um processo em que existam questões comuns, não necessariamente predominantes<sup>63</sup>. Apesar disso, concretamente, determinações de obrigações de fazer que alteram

---

<sup>61</sup> MILLER, Geoffrey P. Conflict of Interests in Class Action Litigation: An Inquiry into the Appropriate Standard. In: *The University of Chicago Legal Forum*, 2003, p. 607.

<sup>62</sup> MARGULIES, Peter. The new class action jurisprudence and public interest law. In: *New York University Review of Law and Social Change*, vol. XXV, 1999, p. 487-538.

<sup>63</sup> Idem, p. 495: "Generally, courts view public interest class actions as posing fewer class conflicts than mass torts litigation. While class members usually have the right to opt out of mass torts litigation, public interest litigation is usually "mandatory," with no opt-out permitted".



uma estrutura ou serviço público podem ter alcance maior e consequências futuras mais severas que o pagamento de indenizações.

Bryant Garth<sup>64</sup> abordou o problema dos conflitos intraclasse com preocupação especificamente voltada para esse cenário de *public law litigation*. O autor atenta para o fato de que essas demandas costumam ter impacto tão significativo na vida dos destinatários da decisão que, por vezes, podem causar dano às pessoas que pretendiam beneficiar. Assim, o problema é saber até que ponto os direitos da classe podem ser definidos e promovidos em ações coletivas de modo contrário à vontade de seus membros<sup>65</sup>. O mais comum é que se afirme que o interesse, nesses processos, é fazer a conduta social do réu se conformar com a lei, o que suplanta o interesse dos indivíduos afetados pelo ilícito, seja ele qual for. Não soa estranha aos ouvidos brasileiros a afirmação de que o interesse “da sociedade” na aplicação da lei é mais importante do que os interesses dos indivíduos, ou de que o processo coletivo é apenas a atuação do direito objetivo, que exige que os ilícitos sejam coibidos, sendo irrelevantes as vontades das pessoas e inexistentes quaisquer direitos subjetivos<sup>66</sup>. Se não há sujeitos envolvidos, não haveria como se cogitar de conflitos de interesses.

---

<sup>64</sup> GARTH, Bryant G. Conflict and dissent in class actions: a suggested perspective. In: *Northwestern University Law Review*, vol. 77, n. 4, 1982, p. 492-535.

<sup>65</sup> “The extent to which the class action device ought to be used to promote civil rights despite the opposition of various class members remains an unresolved question”. GARTH, Bryant G. Conflict and dissent in class actions: a suggested perspective. In: *Northwestern University Law Review*, vol. 77, n. 4, 1982, p. 492.

<sup>66</sup> Nesse sentido, TESHEINER, José Maria. Ação popular, substituição processual e tutela do Direito objetivo. In: *Revista de Processo*, vol. 34, 2009, p. 398-404: “Tentemos uma outra linha de raciocínio. Deixemos de lado a ideia de que o autor da ação popular esteja em juízo em defesa de direito subjetivo, seja próprio ou alheio. Vejamo-lo, simplesmente, como legitimado para provocar a aplicação do Direito objetivo, tanto mais que, no caso em exame, o objeto da ação envolvia competência, concorrente da Assembleia Legislativa ou exclusiva do Congresso Nacional, e não direito subjetivo do Estado ou da União.

Na ação popular, o autor não precisa alegar interesse, nem próprio, nem alheio. Basta que alegue lesividade e ilegalidade, o que confirma tratar-se de tutela do Direito objetivo. Os interesses envolvidos são importantes apenas para determinar os que devam ser citados como réus ou que possam intervir como assistentes do autor ou do réu. (...)

Observa-se, assim, e esta é a conclusão do presente artigo, que melhor se resolveriam os problemas práticos, se, na ação popular, abandonássemos a ideia de defesa de direitos ou interesses difusos da coletividade, para afirmar-se, simplesmente, que se trata de aplicação do Direito objetivo”.

Em outro trabalho, o autor reafirmou: “Pelo menos quanto aos direitos difusos, é fácil ver-se que não se trata de direitos subjetivos, mas de casos de aplicação do Direito objetivo. (...) O autor da ação não se apresenta em juízo como titular de qualquer direito subjetivo, nem como substituto processual de seu titular, mas como legalmente legitimado para o exercício de uma função pública. (...) Em síntese, a atividade desenvolvida pelo Judiciário, na tutela dos chamados direitos difusos e coletivos stricto sensu, melhor se explica como sendo de aplicação (eventualmente, de criação) do Direito objetivo,

O problema é definir o que daria aos legitimados coletivos a prerrogativa de ser “a voz da sociedade”, uma vez que eles não assumem as funções que desempenham por votação popular, não são, de modo algum, escolhidos pela própria sociedade que dizem representar e não prestam contas a ela sobre sua atuação. A agenda que o legitimado decide apresentar ao Poder Judiciário pode ou não coincidir com a das pessoas que estão excluídas do processo coletivo e que terão sua vida concretamente modificada por ele. Resolver esse dilema pela afirmação de que o processo coletivo trata de direito objetivo dependeria, no mínimo, da crença de que o conteúdo do direito é tão evidente que, dado um contexto fático, só uma pretensão seria possível e, assim, o legitimado coletivo não exerceria verdadeira margem de apreciação do litígio, não sendo verdadeiro representante das pessoas atingidas pela decisão, mas apenas um instrumento de transporte do problema à via jurisdicional, tal como o carteiro está para a correspondência<sup>67</sup>. O Poder Judiciário, então, exerceria sua competência constitucional para decidir o conflito, legitimando o resultado não a partir de qualquer ideia de representação de pessoas, mas da atribuição constitucional da função decisória.

Nem o estágio atual dos estudos de teoria da interpretação e do papel da linguagem no Direito permitem que se acredite em uma concepção tão simplificadora da realidade do ordenamento jurídico<sup>68</sup>, nem os exemplos concretos de processos coletivos, já citados ao longo deste trabalho, avalizam sua acuidade. As normas jurídicas não existem objetiva e inequivocamente, mas apenas dentro da realidade de um sistema imerso em valores. Sua concretização é sempre, na mesma medida, atividade de criação, para a qual não se pode prescindir do horizonte empírico do litígio, ou, como se costuma referir mais comumente, do caso concreto. Ignorar que o processo, sobretudo o coletivo, pode ser utilizado para impor determinadas visões de bem, à revelia do processo democrático e das próprias pessoas que se afirma beneficiar, pode ser reconfortante, mas não é realista. A ideologia, assim como o

---

requerida pelo legitimado para a causa, no exercício de uma função pública. (...) A tarefa agora cometida ao Judiciário já não é somente a de resguardar os direitos subjetivos dos que a ele acorrem, mas a de concretizar o Direito objetivo. TESHEINER, José Maria. Jurisdição e Direito objetivo. In: *Justiça do Trabalho*, v. 28, 2011, p. 28-37.

<sup>67</sup> Esse debate já foi exaustivamente realizado. Ver supra, Capítulo 3.

<sup>68</sup> Ver, por todos, GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em retrospectiva*. 4 Vols. Tradução de Marco Antônio Casanova. Petrópolis: Vozes, 2007.

conflito financeiro, pode dissociar os interesses advogados no processo e os das pessoas que, quando as luzes de apagarem, serão obrigadas a conviver com a decisão.

Um caso que mudou a vida de praticamente todos os habitantes dos Estados Unidos e mudou também a forma como o Judiciário enxerga os conflitos coletivos foi a dessegregação escolar, iniciada com a decisão de *Brown v. Board of Education of Topeka*<sup>69</sup>. O movimento pelos direitos fundamentais (*civil rights*) e a mudança da própria sociedade, ao longo das décadas que se seguiram, passando a considerar a segregação racial um mal em si, objetivamente vedado, obscureceram o fato de que a classe originalmente representada na ação era altamente conflituosa em relação às suas expectativas quanto ao resultado esperado do processo. Muitos entendiam que seria melhor, ao invés de pretender diretamente o fim da segregação, atacar a desigualdade fática entre as escolas destinadas a brancos e negros, enfocando a implementação da igualdade de condições das instalações, que já havia sido determinada pela Suprema Corte. Contudo, como a demanda foi liderada pela NAACP, cujo objetivo ideológico era o encerramento da segregação, esse conflito foi completamente ignorado<sup>70</sup>. Ao longo do tempo, a dessegregação viria a ser implementada mediante coerção não apenas sobre os brancos, mas também sobre os negros, sendo que, neste grupo, que deveria ser o vencedor no conflito, muitos duvidavam da relação positiva entre a integração racial sob ordem judicial e a melhoria da educação para os negros que, ao final, era o resultado social que efetivamente se esperava<sup>71</sup>.

O mais citado relato sobre essa situação é o de Derrick Bell Jr.<sup>72</sup>, que foi um dos advogados da NAACP no início da década de 1960, especializado em

---

<sup>69</sup> 347 U.S. 483 (1954).

<sup>70</sup> Sobre essa questão, ver TUSHNET, Mark. *The NAACP's Legal Strategy against Segregated education*, 1925-1950. Chapel Hill: The University of North Carolina Press, 2005.

<sup>71</sup> EDMONDS, Ronald R. Advocating inequality: a critique of the civil rights attorney in class action desegregation suits. In: *The Black Law Journal*, vol. 3, 1973, p. 176-183.

<sup>72</sup> BELL JR., Derrick A. Serving Two Masters: Integration Ideals and Client Interests in School Desegregation Litigation. In: *Yale Law Journal*, vol. 85, n. 4, 1976, p. 470-517. Como essa questão é altamente contaminada por opiniões ideológicas, é oportuna uma nota biográfica sobre Derrick Bell, para evitar que suas opiniões sejam vistas como as de um reacionário defensor da segregação. Bell foi o primeiro professor negro a obter a posição de professor vitalício na Harvard Law School, um dos criadores da linha de pensamento de *critical race studies* e o autor de um dos *casebooks* mais lidos

dessegregação escolar. O centro de seu questionamento é o conflito entre os objetivos ideológicos do advogado da classe e as pretensões de seus membros, ou, pelo menos, parte deles. Bell demonstra como a situação das escolas foi escolhida, desde a década de 1930, como foco de uma estratégia para o combate à segregação racial na sociedade como um todo, pela maior facilidade de demonstração dos males por ela causados, em comparação com outros ambientes, como transportes e diversões públicas. Quando a decisão do caso conhecido como *Brown II*<sup>73</sup> foi adotada e a Suprema Corte devolveu aos juízos inferiores a tarefa de implementar o mandamento de dessegregação da decisão original, rapidamente ficou claro que os estados mais segregacionistas resistiriam tanto quanto possível a sua efetivação, fazendo necessário o ajuizamento de novas ações, específicas para cada caso.

Embora fossem propostas por advogados locais, as petições iniciais dessas novas ações eram preparadas ou pelo menos supervisionadas pelo órgão jurídico central da NAACP, cabendo a esses advogados locais o recrutamento de autores para encabeçá-las. Não se deixava qualquer possibilidade de acordo que não fosse um sistema educacional dessegregado. Embora isso pareça um objetivo evidentemente – ou, objetivamente – nobre, quando aplicado a uma realidade diversificada, ele se mostrou problemático. É que dessegregação escolar não significa apenas acesso a um lugar, como um vagão de trem, no qual basta abrir a porta e permitir que todos entrem, mas o posicionamento do aluno em um sistema, durante os anos que dura sua vida estudantil. A simples revogação das normas que determinavam a segregação faria com que os alunos fossem mantidos exatamente onde estavam. Acabaria a segregação de direito, mas não de fato. Para que a segregação acabasse de fato, era necessário que os alunos fossem misturados, possivelmente contra a sua própria vontade, nas diversas escolas. Em alguns casos, em que os habitantes do entorno da escola já eram de raças variadas, isso ocorria com mais facilidade. Mas em muitos outros, isso só seria obtido por intermédio da

---

sobre o assunto nos Estados Unidos. Ver BELL JR., Derrick A. Race, *Racism & American Law*. 6. ed. New York: Aspen Publishers, 2008.

<sup>73</sup> *Brown v. Board of Education of Topeka*, 349 U.S. 294 (1955).

transferência compulsória combinada com o transporte de alunos, tanto brancos quanto negros, para escolas mais distantes das que frequentavam originalmente<sup>74</sup>.

Tudo isso foi feito em detrimento do debate que interessava aos estudantes, que era a melhoria da qualidade da educação. Ofertas dos gestores do sistema educacional para reformar as escolas destinadas aos negros foram, em diversos casos, apresentadas e rejeitadas, em favor de propostas que fizessem com que o corpo discente das escolas refletisse a distribuição étnica do distrito escolar. A necessidade de que os alunos fossem transportados, eventualmente por grandes distâncias, sem a garantia de que esse sacrifício seria recompensado com a melhoria do ensino, fez com que a resistência aos planos crescesse entre a própria população negra, suposta beneficiária da medida. A melhoria da educação oferecida aos alunos não apenas deixou de ser o foco dos processos judiciais como, empiricamente, não há indícios conclusivos de que tenha ocorrido<sup>75</sup>. Embora esse estudo não seja fácil, a maioria dos autores parece concordar que a dessegregação foi benéfica para a qualidade do ensino em alguns casos, irrelevante em outros e mesmo prejudicial em algumas situações<sup>76</sup>.

Não que Bell Jr. pretenda com isso defender que as escolas devessem permanecer segregadas, nem que a opinião advogada pela NAACP não fosse compartilhada por pelo menos parte dos interessados. O conflito que interessa aqui é que, de modo patente, parte dos membros da classe foi ignorada e, eventualmente, instrumentalizada, para a realização de um objetivo ideológico de uma associação,

---

<sup>74</sup> Cabe observar que nem todos os autores creditam à atuação jurisdicional o efeito concreto de se encerrar o esquema de segregação racial no país. Gerald Rosenberg, em um minucioso estudo empírico, conclui que o fim da segregação racial nos Estados Unidos se deveu aos movimentos de luta pelos direitos civis, nas décadas de 1960 e 1970, negando às decisões da Suprema Corte até mesmo impacto indireto sobre essa mudança social. Ver ROSENBERG, Gerald N. *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?* 2.ed. Chicago: The University of Chicago Press, 2008.

<sup>75</sup> Essa foi a conclusão de Nancy H. St. John, depois de rever dados de mais de cem estudos. ST. JOHN, Nancy H. *School Desegregation: Outcomes for Children*. New York: John Wiley, 1975. Trabalhando com dados mais recentes, Rivkin e Welch concluem que há evidências de que o aumento do contato interracial melhora as oportunidades acadêmicas e de trabalho dos negros, de modo que o balanço da aplicação de *Brown* é positivo. Mas não há evidências de que a composição racial de uma escola sirva como indicador de sua qualidade. RIVKIN, Steven e WELCH, Finis. Has School desegregation improved academic and economic outcomes for blacks? In: HANUSHEK, Eric A. e WELCH, Finis. *Handbook of Economics of Education*. Vol. 2. New York: Elsevier, 2006, p. 1019-1049.

<sup>76</sup> BELL JR., Derrick A. Serving Two Masters: Integration Ideals and Client Interests in School Desegregation Litigation. In: *Yale Law Journal*, vol. 85, n. 4, 1976, p. 480, citando algumas pesquisas empíricas da década de 1970.

de seus advogados e de outros interessados, mesmo contra a sua vontade e, eventualmente, em seu prejuízo. Tudo isso foi feito para alcançar um objetivo que, no julgamento dos mentores da estratégia, seria mais elevado, teria melhores efeitos no longo prazo e representaria a “correta” interpretação do ordenamento jurídico. O aspecto mais delicado desse projeto de mudança social é que ele atinge especialmente os mais pobres, que não podem pagar para ser representados separadamente ou para obter, por conta própria, solução para os prejuízos experimentados. Os alunos brancos e ricos simplesmente evitaram a dessegregação migrando para o sistema privado de ensino ou se mudando para bairros habitados predominantemente por brancos, um fenômeno que ficou conhecido como *white flight*<sup>77</sup>.

Bell Jr. aponta que, nos casos de Boston, Detroit e Atlanta, tentativas dos pais de expressivo número de alunos de focar os planos de reforma estrutural na qualidade do ensino, ao invés do perfil étnico dos alunos matriculados, encontrou resistência decidida dos advogados da NAACP, havendo, inclusive, recurso contra determinação judicial nesse sentido no caso de Detroit. O advogado responsável classificou a decisão judicial como “um estupro aos direitos constitucionais das crianças negras”<sup>78</sup>. Em Atlanta, foi aprovado um plano que previa a dessegregação dos professores e a contratação de negros em altos cargos de administração escolar, mas com restrições à dessegregação dos alunos. Apesar de ter recebido o apoio de milhares de pais de alunos negros, em uma petição assinada, o acordo foi visto com tal horror pelos advogados do órgão central da NAACP que causou a demissão do gestor local da associação, que o havia endossado. A NAACP interpôs recurso da decisão e conseguiu anulá-la por razões processuais, embora, em um segundo julgamento, o plano tenha prevalecido.

---

<sup>77</sup> ARMOR, David J. *Forced Justice: School Desegregation and the Law*. New York: Oxford University Press, 1995: “There is generally more consensus that desegregation (particularly mandatory busing) causes whit flight, but there is no consensus on whether this flight is extensive enough to cause resegregation”. (p. 71). Em sentido similar, RAVITCH, Diane. *The Troubled crusade: American Education 1945-1980*. New York: Basic Books, 1985. Para dois interessantes estudos de caso, ver WOLDORF, Rachel A. *White Flight/Black Flight: The Dynamics of Racial Change in an American Neighborhood*. Ithaca: Cornell University Press, 2011 e KRUSE, Kevin M. *White Flight: Atlanta and the Making of Modern Conservatism*. Princeton: Princeton University Press, 2011.

<sup>78</sup> BELL JR., Derrick A. *Serving Two Masters: Integration Ideals and Client Interests in School Desegregation Litigation*. In: *Yale Law Journal*, vol. 85, n. 4, 1976, p. 484.

Essa narrativa demonstra que não é incomum que objetivos dos indivíduos ou entidades que conduzem as ações coletivas se superponham aos daqueles que seriam seus clientes, beneficiários ou afetados pelas decisões. Mais uma vez, isso não é sinal de má-fé, mas apenas de conflito de perspectivas em questões sociais para as quais não existe apenas uma resposta, muito menos uma resposta de direito objetivo. O autor da ação, apoiado por parte da classe, pode enxergar sua atuação como um passo em uma luta mais ampla, como um evento simbólico em favor de determinada causa ou como a “vontade objetiva da lei”. O problema é definir até que ponto ele tem a liberdade de impor seu ponto de vista. “O idealismo, ainda que talvez seja mais raro que a ganância, é mais difícil de controlar”<sup>79</sup>.

Nesse contexto, é possível perceber o paradoxo da interpretação de que o legitimado coletivo e o Judiciário agem para concretizar o direito objetivo: quanto mais complexo e conflituoso o litígio se torna, menores são as possibilidades de se identificar, com clareza, os limites das posições divergentes, quais são os subgrupos em posições adversas, ou quais as variáveis que poderão impactar sobre a eficácia futura da decisão. O aumento da complexidade e da conflituosidade demanda que mais informação seja agregada ao processo, o que implica mais custos financeiros e de tempo para a sua obtenção. Com isso, o entendimento de que o processo concretiza valores objetivos e, portanto, dispensa essas discussões, se torna mais sedutor, porque as partes e o juiz temem que ele se torne ingovernável. Assim, é possível que os casos que necessitavam da maior ampliação possível de perspectivas sejam decididos com informações restritas, apenas por limitação da técnica processual. Essa estratégia, no futuro, fará com que a sentença se afaste da realidade, minorando seu impacto social. Em 1976, Derrick Bell previu que “mesmo a dessegregação escolar bem sucedida trará poucas mudanças significativas a não ser que haja contínua pressão das comunidades negras por implementação”<sup>80</sup>. Trinta anos depois, essa previsão, em grande medida, se confirmou<sup>81</sup>.

---

<sup>79</sup> Idem, p. 504.

<sup>80</sup> BELL JR., Derrick A. Serving Two Masters: Integration Ideals and Client Interests in School Desegregation Litigation. In: *Yale Law Journal*, vol. 85, n. 4, 1976, p. 514.

<sup>81</sup> Sobre as promessas não cumpridas da dessegregação, ver RHODE, Deborah L. (ed.). *Brown @ 50: the unfinished legacy*. Chicago: American Bar Association, 2004.

A situação de outros grupos minoritários, diferentes dos negros, no contexto da dessegregação, também exemplifica como o conflito interno à classe pode contrapor pretensões substanciais igualmente legítimas. Quando a segregação escolar foi implementada, os latinos não se enquadravam legalmente nem como brancos, nem como negros. Por essa razão, suas estratégias, enquanto grupo, foram diferentes das dos negros. No Texas, movimentos pelos direitos dos cidadãos de origem hispânica afirmavam que origem nacional não se confunde com raça, pretendendo enquadrar-se como “uma das raças brancas”, ou “o outro branco”. Contudo, em todos os estados em que eram numericamente significativas, essas populações acabaram constituindo uma terceira categoria, segregada tanto de brancos quanto de negros.

Na década de 1970, quando diversos processos, na linha de *Brown*, questionavam aspectos da segregação racial em variadas localidades, alguns pais de alunos hispânicos tentaram intervir nos processos de dessegregação, afirmando que a distribuição dos estudantes latinos por diversas escolas colocaria em risco a educação bilíngue dos alunos e, em última análise, arriscaria a manutenção de sua identidade cultural<sup>82</sup>. O pedido foi negado e os processos prosseguiram sem a representação dessa subclasse<sup>83</sup>. Em *Mendoza II v. United States*<sup>84</sup>, situação similar

---

<sup>82</sup> A educação bilíngue para alunos de grupos minoritários desperta polêmica nos Estados Unidos, em razão dos custos que representa para o sistema público. Para um debate desse ponto, ver MARGULIES, Peter. Bilingual Education, Remedial Language Instruction, Title VI, and Proof of Discriminatory Purpose: A Suggested Approach. In: *Columbia Journal of Law and Social Problems*, vol. 17, n.1, 1981, p. 99-162. No contexto da dessegregação escolar, o assunto foi abordado em COMMENT. Bilingual Education and Desegregation. In: *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 127, n. 6, 1979, p. 1564-1606. Em 1998, os eleitores californianos aprovaram a *Proposition 227*, que mudava as normas de ensino do inglês para alunos que não o tinham como língua nativa. Os resultados são até hoje polêmicos. Há quem diga que a norma contribuiu para a elevação das notas dos estudantes hispânicos em inglês, enquanto outros sustentam que ela foi uma forma disfarçada de eliminar a educação bilíngue nas escolas. Ver JOHNSON, Kevin R.; MARTINEZ, George A. Discrimination by Proxy: The Case of Proposition 227 and the Ban on Bilingual Education. In: *U.C. Davis Law Review*, Vol. 33, n. 4, 2000, p. 1227-1276.

<sup>83</sup> *Bradley v. Milliken*, 620 F.2d 1141 (6<sup>th</sup> Cir. 1980). O caso ainda tem outro episódio lamentável. Ele foi o segundo caso de dessegregação a chegar à Suprema Corte, depois de *Brown*, quebrando, junto com *Swann v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education*, 402 U.S. 1 (1971), um silêncio de mais de uma década, durante a qual a Corte apenas assistiu passivamente aos inúmeros embates que decorreram de sua decisão originária. Mas, em *Milliken v. Bradley*, 418 U.S. 717 (1974), a Corte decidiu que a segregação de fato não atrai os mesmos efeitos da segregação de direito e que, se não puder ser provado que havia intento segregacionista na atuação do Estado, não se poderia impugnar sua ação, mesmo que o resultado fosse, faticamente, o de segregar. Isso fez com que a segregação em Detroit permanecesse, em grande medida, uma realidade. Ver FARLEY, Reynolds; DANZIGER, Sheldon e HOLZER, Harry J. *Detroit Divided*. New York: The Russell Sage Foundation, 2002.

<sup>84</sup> 623 F. 2d 1338 (9th Cir., 1980).



foi verificada. Os pais de alunos latinos recorreram contra o plano de dessegregação das escolas de Tucson, Arizona, ao argumento de que deveria ter sido criada uma subclasse para tratar das especificidades de sua situação, mais precisamente de sua pretensão de manter abertas algumas escolas que o plano aprovado tencionava fechar. O pedido foi negado pelo 9º Circuito, ao argumento de que, na certificação da classe, o juízo tem um certo grau de discricionariedade para aceitar subclasses, a partir da consideração de seu potencial para melhorar a apresentação de todas as circunstâncias relevantes. Além disso, considerou que a subclasse era definida de modo vago e não havia clareza sobre a opinião de seus membros acerca do acordo como um todo, para além do pleito de evitar o fechamento de escolas específicas<sup>85</sup>. Parece claro, todavia, que a não certificação da subclasse contribui para que o interesse de seus membros se tornasse ainda mais difícil de definir e de representar no processo<sup>86</sup>.

Yeazell<sup>87</sup> aponta problema similar em *Johnson v. San Francisco Unified School District*<sup>88</sup>, processo no qual os pais de alunos de ascendência chinesa buscaram interferir no processo de dessegregação escolar, ajuizado pelos pais de alunos negros, ao argumento de que a realocação dos alunos inviabilizaria a frequência a escolas que oferecessem não apenas o estudo do idioma, mas também da arte, cultura e história do país de origem. Como nota Yeazell, pensada da perspectiva tradicional, essa intervenção não se justificaria, pois não há propriamente uma violação a direitos subjetivos do grupo<sup>89</sup>. Todavia, os alunos chineses não pretendiam permanecer separados por motivos racistas, mas por fundamentos

---

<sup>85</sup> "The foreclosure of this issue from the settlement strikes at the heart of the subclassification motion. The need for the subclass was premised upon the desire to prevent the schools from being closed, a desire apparently shared by a significant number of parents whose children attended those schools. However, it is not at all clear where the proposed subclass stood on the overall fairness of the settlement, given as irrevocable the decision to close the schools under the District's plan. Nor is it clear that their views on this question differ from the interests of the class as a whole. Finally, it does not appear that the District Court was deprived of any material viewpoints, objections, or information for want of a subclass at the settlement hearing".

<sup>86</sup> Em outro caso, os pais de alunos mexicanos conseguiram obter representação distinta dos alunos negros. Ver *United States v. Texas Educ. Agency*, 467 F.2d 848 (5th Cir. 1972).

<sup>87</sup> YEAZELL, Stephen C. Intervention and the idea of litigation: a commentary on the Los Angeles school case. In: *UCLA Law Review*, vol. 25, 1977, p. 244-260.

<sup>88</sup> 500 F.2d 349 (9<sup>th</sup> Cir., 1974)

<sup>89</sup> Ou, como diria o jurista brasileiro, não há direito adquirido a regime jurídico, de modo que as crianças não podem alegar que têm direito adquirido a uma determinada forma de organização administrativa do ensino público.

culturais, em princípio, justificáveis e desvinculados das causas que levaram às ordens de dessegregação. Assim, seu interesse não seria defender o sistema existente como um todo, motivo pelo qual eles não poderiam ser considerados como representados pelo réu. Sua intenção era demonstrar a possibilidade de que o resultado desejado no processo, o fim da segregação racial, poderia ser alcançado sem perturbar a situação vantajosa desfrutada por eles, que têm fundamentos distintos dos que embasam a pretensão. Nesse caso, a intervenção foi admitida pelo 9º Circuito.

O problema, em todos esses casos, não é a falta de boas intenções, mas a presença delas. As pessoas que se dedicam aos litígios de interesse público combinam, na visão de Margulies, modos de cognição e decisão afetivos e instrumentais. Eles tendem a se apegar emocionalmente às causas cujas injustiças pretendem remediar e orientam suas atitudes instrumentalmente ao alcance do objetivo final que elegeram. Com isso, combinam a esperança de que o futuro pode ser melhor à crença de que sua própria expertise pode ajudar a moldá-lo. Essas características são, ao mesmo tempo, a força e a fraqueza desse sistema. Por um lado, as pessoas que se envolvem com os litígios de interesse público são altamente comprometidas e motivadas na obtenção dos resultados que visualizam. Por outro, seu apego emocional a certas causas as faz míopes a outras, criando “zonas de indiferença” que fazem com que a mudança social ocorra apenas em segmentos específicos, aumentando o risco de injustiça temporal, decorrente das consequências futuras do processo<sup>90</sup>.

Esse é o problema da representatividade heurística, que Margulies abordou em outro trabalho. Existem falhas no processo de extrair inferências de determinadas circunstâncias, que são inerentes às limitações cognitivas do ser humano. As pessoas tendem a perceber semelhanças entre indivíduos, condições e eventos, extraíndo inferências de causalidade a partir da similaridade entre situações repetidas, o que inibe a habilidade de considerar o espectro completo de informações<sup>91</sup>. O exemplo do autor são as ações que visam à humanização de

---

<sup>90</sup> MARGULIES, Peter. The new class action jurisprudence and public interest law. In: *New York University Review of Law and Social Change*, vol. XXV, 1999, p. 500.

<sup>91</sup> MARGULIES, Peter. Who Are You to Tell Me That: Attorney-Client Deliberation Regarding Nonlegal Issues and the Interests of Nonclients. In: *North Carolina Law Review*, vol. 68, n. 2, 1990, pp. 213-

instituições psiquiátricas. As imagens das pessoas maltratadas inspiram reações emocionais e levam o legitimado coletivo a ajuizar a ação para alterar essa realidade. Afinal, se tais instituições são ruins para as pessoas em tratamento no presente, provavelmente serão ruins para as que vierem a ser tratados no futuro e, portanto, são más para a sociedade como um todo. Logo, o esquema causal que se desenrola é que uma ordem judicial, determinando o estabelecimento de um ambiente mais humanizado, seria um ganho social.

O problema é que mudar instituições é mais complexo do que essa percepção faz parecer. O gestor do hospital pode cumprir a ordem judicial para melhorá-lo valendo-se de outros mecanismos não imaginados pelo autor da ação, que prejudicarão os membros futuros da classe. Por exemplo, ele pode admitir menos pacientes, facilitando sua tarefa de gerir o ambiente hospitalar mas, ao mesmo tempo, piorando a oferta de tratamento para a sociedade. Uma possibilidade dessa natureza dificilmente será percebida antecipadamente pelos atores processuais, tanto em razão do cenário emocionalmente carregado que precede o ajuizamento da ação, quanto porque essa consequência não está na linha de desdobramento causal da demanda ajuizada, exigindo um pensamento diagnóstico que tem pouca probabilidade de ser realizado nesse contexto<sup>92</sup>. Isso provavelmente fará com que uma nova ação tenha que ser ajuizada para corrigir o problema gerado pela primeira, buscando novas alterações institucionais, e assim sucessivamente.

Os integrantes da classe, em uma ação coletiva de interesse público, que já não têm direito de *opt-out*, correm o risco de também não ter voz no andamento do processo, suprimida, ironicamente, por preocupações de seus autores com eficiência e com a realização da justiça<sup>93</sup>. É claro que isso não significa que essas demandas devem ser abandonadas, mas que há necessidade de uma vigilância constante, na busca de mecanismos que promovam o incremento das condições de justiça, levando em consideração que

---

252. O aspecto psicológico referido pelo autor é tratado em KEHEMAN, Daniel; SLOVIC, Paul; TVERSKY, Amos (eds.) *Judgment under uncertainty: heuristics and biases*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

<sup>92</sup> Idem, p. 234-235.

<sup>93</sup> Uma análise comparativa de casos relacionados a processos coletivos de desinstitucionalização de tratamento psiquiátrico, realizada abaixo, demonstrará esse problema.

*class actions* de interesse público geralmente começam com algum tipo de reação afetiva à injustiça. Esse senso de injustiça pode vir de experiência pessoal ou alheia. (...) Os advogados de *class actions* e os juízes que certificam as classes não têm virtualmente qualquer conexão com a grande massa de indivíduos que compõem a classe. Muitos membros da classe e/ou seus aliados e guardiões também não têm ideia do que está sendo feito em seu favor, ou sentem que os trabalhos institucionais da ação de interesse público ignoram, marginalizam ou suprimem suas preocupações. Mesmo os representantes nomeados em uma *class action* podem ser limitados em sua prerrogativa de negociar com a parte contrária sem o consentimento do advogado. Preocupações judiciais com eficiência em encerrar processos enfraquecem as salvaguardas institucionais contra a falta de conexão, consistentes no requisito de que as soluções sejam judicialmente homologadas<sup>94</sup>.

Além disso, é preciso que se defina temporalmente até que ponto os conflitos de interesses dentro da classe serão relevantes. É impossível exigir que o alinhamento de interesses da classe seja permanente. A inevitável mudança das circunstâncias fáticas poderá fazer com que, anos depois, pessoas que tinham interesses comuns com os de uma determinada classe, passem a antagonizá-la. O exemplo de *Hansberry v. Lee* evidencia essa situação. Conforme relatado, o caso se referia a um negro que adquiriu uma propriedade em Chicago, em um bairro no qual havia uma norma, acobertada por uma coisa julgada em ação coletiva anterior, *Burke v. Kleiman*<sup>95</sup>, proibindo a venda de terrenos para não brancos. A pretensão de Hansberry era afirmar que, como seus interesses eram antagônicos aos da classe anterior, formada pelos proprietários brancos, ele não poderia estar vinculado à decisão. A curiosidade, apontada por Nagareda, é que um dos litisconsortes de Hansberry era James Burke, marido de Olivia Burke, a qual atuou como representante na mesma ação da qual Hansberry pretendia se desvincular. Não se tratava de um conflito conjugal, mas de um conflito temporal. Dez anos e a grande depressão separavam a regra que proibia a aquisição de terrenos por negros e a transação de Hansberry e cinco anos já transcorriam desde a decisão de *Burke*. Os interesses de alguns membros da classe original, na época homogêneos, agora apresentavam outras feições<sup>96</sup>.

<sup>94</sup> MARGULIES, Peter. The new class action jurisprudence and public interest law. In: *New York University Review of Law and Social Change*, vol. XXV, 1999, p. 502.

<sup>95</sup> 277 Ill. App. 519 (1934).

<sup>96</sup> Apesar de seu objeto, Hansberry é uma decisão puramente processual. Somente oito anos depois, em *Shelley v. Kraemer* (334 U.S. 1 (1948)), a Suprema Corte declararia que as normas ou convenções contendo restrições raciais, tais como nesse caso, eram materialmente inválidas.

Nesses termos, para Nagareda, só seria viável aferir a lealdade entre o representante e os representados, assim como a homogeneidade de interesses entre estes, antes do julgamento. Qualquer aferição posterior teria a possibilidade de ser contaminada pelas inevitáveis alterações nas circunstâncias fáticas, uma das quais, a própria decisão do processo. Esse problema será tão maior quanto maior for o número de integrantes da classe<sup>97</sup>. É certo, contudo, que a aceitação dessa posição depende do quanto alguém considere que a resolução definitiva dos litígios e o estímulo à estabilidade dos acordos ou das decisões judiciais sejam valores jurídicos superiores à injustiça que possa decorrer da impossibilidade da verificação *a posteriori* da qualidade da representação desenvolvida<sup>98</sup>.

### 5.5 *Martin v. Wilks* e os conflitos intraclasse nas *structural injunctions*

O caso *Martin v. Wilks*<sup>99</sup>, decidido pela Suprema Corte em 1989, é um capítulo à parte na discussão da situação dos conflitos intraclasse nas ações coletivas e, mais especificamente, na mudança de comportamento das instituições pela via do processo. Em 1974, um órgão público do condado de Jefferson, no Alabama, fez um acordo em uma ação coletiva ajuizada pela *National Association for the Advancement of Colored People* - NAACP, comprometendo-se a alterar seus critérios de promoção de bombeiros, que eram apontados como discriminatórios em

<sup>97</sup> O caso *Shutts* é o mais referido em relação a essa preocupação, já que se pretendia vincular pessoas em estados distintos do país. Nos Estados Unidos, onde o federalismo tem uma posição mais pronunciada que no Brasil, essa preocupação com a submissão à jurisdição de outro estado faz mais sentido. Ver MONAGHAN, Henry Paul. Antitrust Injunctions and Preclusion against Absent Nonresident Class Members. In: *Columbia Law Review*, vol. 98, n. 5, 1998, p. 1148-1202 e também KAHAN, Marcel e SILBERMAN, Linda. Matsushita and beyond: the role of state courts in class actions involving exclusive federal claims. In: *The Supreme Court Review*, 1996, p. 219-283.

<sup>98</sup> Na opinião de Nagareda, esses valores são essenciais: "By deeming inadequate the Agent Orange class representation based upon a purported divergence of interest within the class postjudgment - a divergence created by the splitting of the difference in the class settlement- the Second Circuit placed itself in an untenable position. Its postjudgment conception of representational adequacy would form a barrier to finality in virtually any class settlement, for the essence of any settlement is to strike a Solomonic compromise-to draw lines, to create fissures, to make distinctions not already apparent in the litigation, all in order to afford each side something less than everything it has demanded. The mere drawing of lines as a vehicle of compromise cannot constitute inadequacy in class representation". NAGAREDA, Richard A. Administering adequacy in class representation. In: *Texas Law Review*, vol. 82, 2003, p. 321.

<sup>99</sup> 490 U.S. 755 (1989).

desfavor dos negros. A corte publicou a proposta de acordo em dois jornais locais e realizou audiência pública. A associação dos bombeiros de Birmingham participou da audiência e, juntamente com dois de seus membros, brancos, pediu para intervir no processo. O pedido foi negado e o acordo foi homologado. Sete bombeiros, também brancos, ainda buscaram recurso junto à Corte distrital, afirmando que o acordo operaria de modo discriminatório em relação a eles, mas seu pedido foi negado.

Em *Martin v. Wilks*, outro grupo de bombeiros, diferente dos intervenientes anteriores, ajuizou nova ação, afirmando que estavam sendo preteridos em suas promoções em favor de bombeiros negros menos qualificados, o que configurava discriminação racial intolerável contra eles. A cidade de Birmingham, na condição de ré, sustentou que o acordo estava acobertado pela coisa julgada, de modo que estava impedida de agir de outra forma. Embora não tenham obtido sucesso em 1º grau, os autores tiveram sua pretensão acolhida pelo 11º Circuito, que entendeu que eles não eram partes nem tinham sido adequadamente representado no processo em que o acordo foi firmado<sup>100</sup>.

A questão foi levada à Suprema Corte, com o argumento de que os autores estavam cientes, no momento da celebração do acordo, de que ele os atingiria, conforme se verifica pela intervenção da associação e, sendo responsáveis por deixar passar a oportunidade de participar do processo, ficariam impedidos de impugná-lo posteriormente<sup>101</sup>. A citação escolhida pelo juiz Rehnquist para iniciar o voto, tomando de empréstimo uma frase do juiz Brandeis, em um caso de 1934, permitia antever a conclusão: “a lei não impõe a qualquer pessoa que tem o direito de ser ouvida o ônus de intervir voluntariamente em processo ao qual é estranho. A menos que seja intimado, quem não é parte pode ter a certeza de que seus direitos não serão afetados”.

O juiz Rehnquist seguiu formulando argumentos que já são familiares após o estudo do direito de ser ouvido como núcleo do devido processo legal. O que o ordenamento jurídico exige é que uma pessoa seja formalmente notificada para

---

<sup>100</sup> *In re Birmingham Reverse Discrimination Employment Litigation*, 833 F.2d 1492, 1498 (1987).

<sup>101</sup> Como se tratava de uma ação do tipo (b)(2), típica em casos de tratamento discriminatório, não era cabível o direito ao *opt out*.

intervir no processo, assumindo a condição de parte, não bastando que ela tenha apenas conhecimento informal da pendência da demanda, por intermédio de editais ou publicações que lhe oportunizem a participação. As partes presumivelmente sabem melhor do que ninguém o resultado que desejam no processo e serão obrigadas a suportá-lo, por isso devem ter a oportunidade de tentar obter aquilo que almejam. A corte não se mostrou sensível ao argumento de que a necessidade de trazer essas partes para o processo desencorajaria a tutela de direitos civis. Entendeu que mesmo que estivesse persuadida por esses argumentos, eles exigiriam que as *Rules* fossem reescritas, ao invés de interpretadas. As dificuldades processuais decorreriam da complexidade da tutela pretendida, que atingiria diversas pessoas, em distintas situações, não do apego a formalidades. “Um acordo entre um grupo de empregadores e seu empregados não pode pretender incluir as queixas conflitantes de um outro grupo de empregados que não participou do acordo”.

Quatro juízes votaram vencidos. Afirmaram que existe grande diferença entre partes e pessoas que serão apenas afetadas pelo resultado do processo<sup>102</sup>. Essas últimas podem nele intervir mas, se optarem por não fazê-lo, correm o risco de serem negativamente atingidas. Assim, é certo que o acordo não poderia tirar dos bombeiros brancos direitos por eles já adquiridos, como a antiguidade no cargo etc., mas isso não significa que não pudesse fazer alterações no ambiente de trabalho que, colateralmente, lhes fossem desfavoráveis dali em diante. Esse prejuízo fático não permite que eles arguam a nulidade ou pretendam a não aplicação do acordo, a não ser que comprovassem algum tipo de fraude em sua elaboração. No mérito, a minoria afirmou que o acordo é coerente com a posição da corte em relação a ações afirmativas e, por isso, deve ser considerado como indício de que o município agiu de boa-fé, e não com o intuito de discriminar os bombeiros brancos. Estes, mesmo que sofram prejuízo contemporâneo, são beneficiários de um histórico de vantagens em contratações e promoções, em detrimento dos negros, que vigorou durante décadas na cidade.

---

<sup>102</sup> Essa ideia não é estranha aos países de Civil Law e, como ressalta Sérgio Cruz Arenhart, sequer se trata de situação incomum. Ver ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais*: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 189-202.

A decisão causou furor e perplexidade na doutrina e nos movimentos sociais, sobretudo porque foi acompanhada, no mesmo ano, por seis outras decisões restritivas de direitos dos negros contra a discriminação no ambiente de trabalho<sup>103</sup>. *Martin v. Wilks* significaria que, dali em diante, todos os processos relacionados a violações de igualdade racial deveriam incluir como partes as pessoas que seriam desfavorecidas pela mudança dos critérios. Se esses processos já eram complexos originalmente, a Corte acabara de torná-los praticamente inviáveis, porque toda situação relacionada a discriminação envolve um número significativo de pessoas, com variados interesses adversos aos dos autores, mas não necessariamente coincidentes com os do réu<sup>104</sup>.

Por isso, em 1991, o Congresso editou, em meio a muita polêmica<sup>105</sup>, o *Civil Rights Act*, com o objetivo explícito de superar a interpretação da Corte<sup>106</sup>. A norma foi a primeira grande alteração do *Civil Rights Act* de 1964 e, em relação ao problema causado por *Martin v. Wilks*, alterou a Seção 703, estabelecendo, basicamente, o que havia sustentado a minoria da Suprema Corte: um empregador que altera sua conduta em razão de uma decisão judicial ou acordo no qual tenha sido constatada discriminação pretérita não pode ser questionado pelos empregados prejudicados pela mudança, se eles foram notificados da pendência do processo ou nele foram adequadamente representados por outra pessoa que tenha apresentado as mesmas razões, em circunstâncias fáticas similares<sup>107</sup>. Ainda que a alteração legislativa

<sup>103</sup> ROTUNDA, Ronald D. Civil Rights Act of 1991: A Brief Introductory Analysis of the Congressional Response to Judicial Interpretation. In: *Notre Dame Law Review*, vol. 68, n. 5, 1993, p. 923-954.

<sup>104</sup> Michael Finch analisa o problema no contexto de dessegregação escolar em FINCH, Michael. Fairness and finality in institutional litigation: the lessons of school desegregation. In: *Civil Rights Law Journal*, vol. 4, n. 2, 1994, p. 109-206.

<sup>105</sup> Como relata Ronald Rotunda, o congresso editou, primeiramente, um outro *civil rights act*, em 1990, que foi vetado pelo presidente Bush, veto que foi mantido pelo senado por maioria de apenas um voto. Por isso foi aprovado o ato de 1991, cujas disposições são mais lacônicas que o de 1990. ROTUNDA, Ronald D. Civil Rights Act of 1991: A Brief Introductory Analysis of the Congressional Response to Judicial Interpretation. In: *Notre Dame Law Review*, vol. 68, n. 5, 1993, p. 923-954. Ver também CLEGG, Roger. Introduction: A Brief Legislative History of the Civil Rights Act of 1991. In: *Louisiana Law Review*, Vol. 54, n. 6, 1994, p. 1459-1472. Adotando a tipologia dos litígios coletivos exposta no Capítulo 2, os processos relacionados à discriminação racial seriam litígios irradiados, de alta complexidade e conflituosidade.

<sup>106</sup> As decisões são nominalmente mencionadas no corpo do ato.

<sup>107</sup> "Section 703 of the Civil Rights Act of 1964 (42 U.S.C. 2000e-2) (as amended by sections 105, 106, and 107 of this title) is further amended by adding at the end the following new subsection: "(n)(1)(A) Notwithstanding any other provision of law, and except as provided in paragraph (2), an employment practice that implements and is within the scope of a litigated or consent judgment or



tenha atenuado o problema, os terceiros não podem ser ignorados e, prudencialmente, a melhor conduta judicial é a de expedir-lhes notificações, designando oportunidades de que sejam ouvidos<sup>108</sup>.

Restaram pelo menos dois problemas. O primeiro é que, graças à sua linguagem lacônica, o ato de 1991 desafiou interpretações divergentes em vários de seus dispositivos, inclusive nesse ponto<sup>109</sup>. Em segundo lugar, como percebeu Owen Fiss<sup>110</sup>, a norma poderia não ter significado algum, se a Suprema Corte viesse a entender que sua decisão, em *Martin*, estava calcada no direito constitucional ao devido processo legal, e não em normas infraconstitucionais, o que não ficou claro no julgamento. A própria lei contém ressalva nesse sentido<sup>111</sup>, vedando sua interpretação para negar a qualquer pessoa o direito constitucional ao devido processo legal. Fiss afirmou que *Martin* foi uma vitória de William Rehnquist, que há décadas “liderava o assalto” contra a tutela mandamental de direitos civis. O autor sustenta que a decisão em *Martin v. Wilkes* colocaria em risco não apenas a luta contra o racismo, mas todo o sistema de *structural injunctions*, técnica desenvolvida pela Corte, desde a década de 1950, para lidar com a necessidade de realizar alterações profundas, duradouras e complexas em instituições públicas, por

---

order that resolves a claim of employment discrimination under the Constitution or Federal civil rights laws may not be challenged under the circumstances described in subparagraph (B).

“(B) A practice described in subparagraph (A) may not be challenged in a claim under the Constitution or Federal civil rights laws--

“(i) by a person who, prior to the entry of the judgment or order described in subparagraph (A), had--

“(I) actual notice of the proposed judgment or order sufficient to apprise such person that such judgment or order might adversely affect the interests and legal rights of such person and that an opportunity was available to present objections to such judgment or order by a future date certain; and

“(II) a reasonable opportunity to present objections to such judgment or order; or

“(ii) by a person whose interests were adequately represented by another person who had previously challenged the judgment or order on the same legal grounds and with a similar factual situation, unless there has been an intervening change in law or fact”.

<sup>108</sup> SILVER, Marjorie A. Fairness and finality: third-party challenges to employment discrimination consent decrees after the 1991 civil rights act. In: *Fordham Law Review*, vol. 62, 1993, p. 321-379.

<sup>109</sup> BELTON, Robert. The Unfinished Agenda of the Civil Rights Act of 1991. In: *Rutgers Law Review*, vol. 45, n. 4, 1993, p. 921-964. Ver também BROWNE, Kingsley R. The Civil Rights Act of 1991: A Quota Bill, a Codification of Griggs, a Partial Return to Wards Cove, or All of the Above. In: *Case Western Reserve Law Review*, vol. 43, n. 2, 1993, p. 287-400.

<sup>110</sup> FISS, Owen M. The Allure of Individualism. In: *Iowa Law Review*, vol. 78, n. 5, 1993, p. 965-980.

<sup>111</sup> “Section 703, (2) Nothing in this subsection shall be construed to—

(...)

“(D) authorize or permit the denial to any person of the due process of law required by the Constitution”.

intermédio de ordens sucessivas, cujo exemplo mais notório é a dessegregação escolar<sup>112</sup>.

A preocupação de Fiss não decorre do impacto direto da decisão sobre a luta pelos direitos civis, mas do risco que representa, ao atacar o esquema representativo das ações coletivas a partir do direito de participar do processo (*day in court*), algo que é profundamente valorizado pelos juristas. Isso faz com que o retrocesso que resulta do julgamento se revista de uma feição aceitável e até atraente. Além disso, tem potencial para fincar a interpretação restritiva das ações coletivas na Constituição, tornando-a imune a alterações legislativas. E ainda, parece que a interpretação da Suprema Corte se aplicaria mesmo que a decisão favorável aos bombeiros negros tivesse decorrido de uma sentença e não de um acordo, como se deu no contexto de *Martin*. Ela seria invalidada pela não representação dos bombeiros brancos.

Fiss demonstra que a visão esposada pela Suprema Corte, em relação ao direito de participar de um processo, no contexto de ordens que determinam mudanças estruturais em organizações públicas (*structural injunctions*), as inviabilizaria, porque essas mudanças, por natureza, afetam “incontáveis pessoas, de fato, todo o público”<sup>113</sup>. O exemplo que ele utiliza é o da segregação escolar. Seu encerramento atinge alunos, pais, professores e administradores escolares, residentes e empreendimentos comerciais instalados na área da escola, indivíduos atuantes nos aparatos de segurança e transporte do Estado e, finalmente, os contribuintes, que terão que suportar o ônus financeiro da mudança. E ainda, a decisão se projeta para o futuro, afetando pessoas que, no momento do processo, não tem relação com ela, mas poderão vir a ter no futuro, o que inviabiliza que se imagine que todos os atingidos podem vir a ser parte do processo. O autor aponta que a opinião majoritária na Suprema Corte oculta parcialmente esses problema com uma ambiguidade sobre quem efetivamente deve ser parte no processo, se referindo, em

---

<sup>112</sup> Ressalve-se, mais uma vez, que, embora o argumento de Fiss parta do pressuposto do sucesso das *structural injunctions* para resolver o problema da segregação racial, tal conclusão não é unânime entre os estudiosos. Em sentido contrário, ver ROSENBERG, Gerald N. *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?* 2.ed. Chicago: The University of Chicago Press, 2008.

<sup>113</sup> FISS, Owen M. The Allure of Individualism. In: *Iowa Law Review*, vol. 78, n. 5, 1993, p. 969.

alguns momentos, a “pessoas afetadas pelo acordo” e, em outros, a “pessoas que serão privadas de seus direitos”<sup>114</sup>.

A proposta do autor é que a Constituição não garante um direito de participação, mas um direito de representação, de ter seus interesses adequadamente representados no processo, não de pessoalmente atuar nele<sup>115</sup>. Assim, a decisão de um processo será final se todos os interesses estiverem adequadamente representados. Os titulares de interesses não representados continuam podendo atacar a decisão em processo autônomo. O problema, então, volta a ser a definição de representação adequada. Para Fiss, os bombeiros brancos foram adequadamente representados pelo réu no processo original, já que ele tinha interesse de não mudar a política de promoções que vinha desenvolvendo até então.

Douglas Laycock discorda veementemente desse posicionamento, asseverando que pretender que o empregador possa representar adequadamente os interesses de um grupo de seus empregados em um processo é a coisa mais “de direita” já escrita por Owen Fiss<sup>116</sup>. Ele aponta que os autores, na ação inicial de discriminação, pediam US\$ 5 milhões em indenização e o município fechou o acordo por US\$ 265 mil, ou seja, a cidade “vendeu” os direitos futuros dos bombeiros brancos, aceitando um sistema de promoção muito favorável aos negros, em troca de uma indenização menor pela conduta ilícita que ele tinha praticado anteriormente<sup>117</sup>. Por essas razões, Laycock entende que Fiss exagera o alcance da decisão de *Martin* e que os

---

<sup>114</sup> É difícil avaliar se esse efeito foi ou não gerado, porque a Suprema Corte decide poucos casos por ano e tende a não retomar os mesmos temas reiteradamente. Contudo, ao que parece, os temores de Fiss não se concretizaram, pelo menos não nos limites que ele imaginara. As *structural injunctions* continuam existindo, mais de 20 anos depois de *Martin*. Por exemplo, em 2011, a Suprema Corte decidiu o caso *Brown v. Plata* 563 U.S. 131 (2011), mantendo uma decisão da Suprema Corte da Califórnia que, após longo processo estrutural relativo à melhoria das condições prisionais no Estado, determinou a soltura de pelo menos 38 mil até 46 mil detentos. Ver SCHLANGER, Margo. *Plata v. Brown and Realignment: Jails, Prisons, Courts, and Politics*. In: *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, vol. 48, 2013, p. 165-215. Para uma cronologia das *structural injunctions* em relação às prisões, ver SCHLANGER, Margo. *Civil Rights Injunctions Over Time: a Case Study of Jail and Prison Court Orders*. In: *New York University Law Review*, vol. 81, 2006, p. 550-630.

<sup>115</sup> “I believe that what the Constitution guarantees is not a right of participation, but rather what I will call a “right of representation”: not a day in court but the right to have one’s interest adequately represented. The right of representation provides that no individual can be bound by an adjudication unless his or her interest is adequately represented in the proceeding”.

<sup>116</sup> LAYCOCK, Douglas. *Due process of law in trilateral disputes*. In: *Iowa Law Review*, vol. 78, 1993, p. 1011-1028.

<sup>117</sup> *Idem*, p. 1022. O autor anota que o prefeito teria dito que o acordo foi “o melhor negócio que o município já fez”.

interesses dos bombeiros brancos efetivamente não foram representados no primeiro processo, dado o evidente o conflito entre tais interesses e os do município-réu, de forma que a conclusão da Suprema Corte seria acertada. Se os bombeiros brancos tivessem sido certificados como uma classe ré, ao lado do município, o problema teria sido evitado, já que lhes teriam sido aplicadas salvaguardas processuais, dentre as quais a representação, que justificariam sua vinculação à decisão.

Ainda que fosse certificada passivamente uma classe de bombeiros brancos, seria preciso determinar a necessidade de que seus integrantes fossem notificados do processo para que a decisão tivesse efeito. Conforme especificado, nas ações do tipo (b)(2), como a do caso *Martin*, a notificação é apenas facultativa, a critério do juiz. Para Fiss, tal notificação seria desnecessária, já que o devido processo legal giraria em torno da representação de interesses. Laycock considera que “a notificação individual de interessados identificados é a regra geral e a essência do devido processo, enquanto a representação adequada é apenas uma solução substitutiva, quando a notificação individual for impraticável”. Por essa razão, ele afirma que, mesmo se houver adequada representação, a notificação individual das pessoas que puderem ser identificadas seria essencial<sup>118</sup>. Woolley vai ainda mais longe, sustentando que o direito de participar do processo continua sendo o núcleo da garantia constitucional do devido processo legal nas ações coletivas, motivo pelo qual “todo membro da classe cujo paradeiro for razoavelmente determinável tem o direito constitucional de conduzir seu processo, apresentando provas e argumentando perante o juízo”<sup>119</sup>.

Susan Sturm entende que a participação em ações coletivas deve ser definida a partir dos valores públicos que estão em jogo no caso. *Martin v. Wilkes* tratava de combate à discriminação racial no trabalho e esse tipo de valor não pode ser realizado pela via individual, em um processo adversarial. É a natureza dos

---

<sup>118</sup> Laycock fundamenta sua posição na leitura que faz de *Mullane v. Central Hanover Bank & Trust Co.*, 339 U.S. 306 (1950), mas ele não explica a aparente contradição de que ela impõe um ônus mais rigoroso do que a própria *Rule 23* às ações do tipo (b)(2). Ver LAYCOCK, Douglas. Due process of law in trilateral disputes. In: *Iowa Law Review*, vol. 78, 1993, p. 1020.

<sup>119</sup> WOOLLEY, Patrick. Rethinking the adequacy of adequate representation. In: *Texas Law Review*, vol. 75, 1997, p. 571-630. Citação p. 573. O autor até abre algumas exceções ao seu ponto de vista, com base no entendimento da Suprema Corte em *Phillips Petroleum Co. v. Shutts*, mas apenas para casos em que houvesse um “interesse estatal vital”. Ver p. 616 e ss.

interesses dos terceiros que deve ditar se eles devem ou não participar do processo, e não uma regra geral abstratamente determinada. Em situações como a de *Martin*, nas quais se determina a existência de responsabilidades que podem afetar direitos de terceiros, eles precisam ser adequadamente representados. Todavia, em casos como o da segregação escolar, em que os terceiros querem apenas contribuir para a definição do escopo da tutela, seria possível garantir participação em modelos mais flexíveis, sem que elas fossem necessariamente consideradas partes. Assim, a questão não seria aceitar ou negar *Martin*, mas definir os seus limites. Em algumas situações, participação adequada pode significar apenas o direito de apresentar informações e expor sua perspectiva<sup>120</sup>.

O caso *Martin v. Wilkes* também traz à tona o problema de se evitar que pessoas ausentes no processo acabem absorvendo o custo do seu resultado. Conforme mencionado, a municipalidade, à qual era imputada conduta ilícita, firmou um acordo para privilegiar bombeiros negros nas promoções futuras, fazendo-as, por via de consequência, mais difícil para os brancos, e se livrou da possibilidade de pagar uma elevada indenização pelo ilícito pretérito. Mesmo que se argumente que os bombeiros brancos, vistos como grupo, não são inocentes, pois foram beneficiários de um sistema que até ali lhes favorecia, é visível que eles suportaram o ônus da reparação do ilícito, sem que tivessem a oportunidade de ser ouvidos no processo<sup>121</sup>. O próprio município, que participa do processo, não perdeu quase nada com a sua conclusão, eis que promover bombeiros brancos ou negros não lhe acarreta custo algum. Esse é um exemplo de situação em que, havendo uma disputa multipolar, duas partes se aliam em desfavor de uma terceira que, no caso, ainda é mais prejudicada por não ocupar posição processual<sup>122</sup>.

<sup>120</sup> STURM, Susan P. The promise of participation. In: *Iowa Law Review*, vol. 78, 1993, p. 981-1010.

<sup>121</sup> DORFMAN, Susan B. Mandatory Consent: Binding Unrepresented Third Parties Through Consent Decrees. In: *Marquette Law Review*, vol. 78, n. 1, 1994, p. 153-171.

<sup>122</sup> Existe uma polêmica sociológica acerca da possibilidade de conflitos se desenvolverem de modo trilateral. Muitos autores afirmam que esse tipo de situação sempre resultará em arranjos temporários de dois contra um. Embora Laycock utilize essa expressão no título de seu artigo, a abordagem dos conflitos trilaterais em seu corpo é praticamente ignorada, assumindo o autor que todos os conflitos trilaterais redundam em coalisões, o que não é unânime (LAYCOCK, Douglas. Due process of law in trilateral disputes. In: *Iowa Law Review*, vol. 78, 1993, p. 1023). Para um aprofundamento da questão, ver CAPLOW, Theodore. A theory of coalitions in the triad. In: *American Sociological Review*, vol. 21, n. 4, 1956, p. 489-493; CAPLOW, Theodore. *Two against one: coalitions in the triad*. Oxford: Prentice-Hall, 1968; GAMSON, William A. A Theory of coalition formation. In: *American Sociological Review*, vol. 26, n. 3, 1961, p. 373-382.

Especialmente quando o caso envolve conduta governamental, é frequente que a sociedade que sofreu a lesão sofra novamente com a condenação, pelo menos na condição de contribuinte dos tributos que sustentam o Estado. No Brasil, há tentativas de se evitar esse efeito com a busca de responsabilidade pessoal do gestor público responsável pelo ilícito<sup>123</sup>, ou o sequestro de verbas públicas de programas que são usualmente reputados como mais interessantes política que socialmente, como é o caso da publicidade<sup>124</sup>. Não obstante, esses exemplos ainda são excepcionais e pouco representativos do sistema. A complexidade do caso pode ocultar o fato de que o réu tem poucos estímulos para litigar com afincos sua posição, em razão da possibilidade de transferir a terceiros os custos de condenação futura.

## **5.6 Análise de um exemplo empírico de conflitos intraclasse em perspectiva comparada**

Há um evento, ocorrido tanto no Brasil, quanto nos Estados Unidos, capaz de ilustrar, em perspectiva comparada, a gravidade dos conflitos intraclasse e a seriedade com a qual eles precisam ser encarados. Trata-se da atuação do sistema jurídico-processual em favor da desinstitucionalização de pacientes psiquiátricos. Embora não se vá adotar aqui uma metodologia rigorosa de estudo de caso<sup>125</sup>, o presente item pretende demonstrar como, tanto no Brasil como nos Estados Unidos,

---

<sup>123</sup> Embora a doutrina considere essa providência razoável, inclusive por outras razões, como para dar mais efetividade às decisões judiciais (ver, por exemplo, TALAMINI, Eduardo. *Tutela Relativa aos Deveres de Fazer e de Não Fazer*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 247), a jurisprudência tem sido pouco receptiva à tese. Por exemplo, o Superior Tribunal de Justiça decidiu, no REsp 898507/PE, Rel. Min. Castro Meira, DJ. 11.09.2008, que cabe ao fisco federal demonstrar o dolo do agente público (prefeito) que não encaminha Guia da Previdência Social no prazo para responsabilizá-lo pessoalmente pelo atraso. Como isso é praticamente impossível, quem pagará pelo atraso será o contribuinte municipal.

<sup>124</sup> Nos autos da Ação Civil Pública 5021354-24.2013.404.7200/SC, ajuizada conjuntamente pelo Ministério Público Federal e a Defensoria Pública da União, a Justiça Federal de Santa Catarina determinou, em 7 de maio de 2014, “o arresto prévio de 30% (trinta por cento) do valor das verbas destinadas à publicidade do Estado de Santa Catarina para fazer frente às despesas advindas com a adoção das medidas necessárias à regularização da fila de cirurgias ortopédicas em âmbito estadual, devendo tal valor ser contingenciado compulsoriamente no orçamento, até que seja extinta a fila das cirurgias ortopédicas”.

<sup>125</sup> YIN, Robert. *Case Study Research: Design and Methods*. Thousand Oaks: Sage Publications, 2014.

a atuação de técnicas processuais coletivas, destinadas a promover um objetivo tido como valioso, que é o fim da internação de pacientes com problemas psiquiátricos, foi feita sem considerar todas as posições envolvidas no conflito material subjacente. No caso brasileiro, a experiência ainda é recente, o que impossibilita a análise completa de seus efeitos, mas, nos Estados Unidos, foi constatado que a ausência de consideração a determinadas perspectivas contribuiu para que a política não atingisse os resultados originalmente pretendidos.

O caso brasileiro se passou na região de Sorocaba, estado de São Paulo, em 2014. Naquele momento, a região concentrava sete hospitais psiquiátricos para internação de pacientes com transtornos mentais, os quais eram alvo de constantes denúncias de abusos e maus tratos. Essa, infelizmente, não é uma situação nova no cotidiano do tratamento psiquiátrico no Brasil<sup>126</sup>, mas, nos últimos anos, cresceu entre os profissionais da medicina e da psicologia a oposição ao tratamento institucional de doenças mentais, o que redundou na Lei 10.216, de 2001, que estabeleceu a preferência pelo tratamento assistencial, sempre que possível<sup>127</sup>.

Ao longo da primeira década dos anos 2000, o Ministério Público, tanto no nível estadual, quanto federal, assumiu decidida postura na promoção da desinstitucionalização psiquiátrica, valendo-se, para tanto, de técnicas extrajudiciais de tutela coletiva, sobretudo da celebração de termos de ajustamento de conduta. Em dezembro de 2012, um compromisso dessa natureza foi firmado com vários municípios da região de Sorocaba, estabelecendo como meta um “processo contínuo de desinstitucionalização dos atuais pacientes moradores de 7 (sete) hospitais psiquiátricos existentes na região de Sorocaba”<sup>128</sup>. O processo seria iniciado pelo Hospital Vera Cruz, mas há notícias posteriores sobre o fechamento de

---

<sup>126</sup> Ver, sobre essa questão histórica, FONTE, Eliane Maria Monteiro da. Da institucionalização da loucura à reforma psiquiátrica: as sete vidas da agenda pública em saúde mental no Brasil. In: *Revista do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da UFPE*, v. 1, n. 18, 2013; ARBEX, Daniela. *Holocausto brasileiro: vida, genocídio e 60 mil mortes no maior hospício do Brasil*. São Paulo: Geração Editorial, 2013.

<sup>127</sup> Art. 4º A internação, em qualquer de suas modalidades, só será indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes.

<sup>128</sup> Essa é uma linha de atuação muito forte no Ministério Público Federal, estimulada a partir da cúpula da instituição. Ver, por exemplo, notícia e termo de ajustamento de conduta disponíveis em <<http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/informativos/edicoes-de-2014/julho/pfdc-destaca-fechamento-de-mais-um-hospital-psiquiatrico-em-sorocaba-sp>>, relativamente ao fechamento de um hospital em Sorocaba-SP.

outros hospitais<sup>129</sup>. No final de 2014, essa iniciativa foi laureada com o Prêmio Innovare, cujo objetivo é “identificar, premiar e disseminar práticas inovadoras (...) que estejam aumentando a qualidade da prestação jurisdicional e contribuindo com a modernização da Justiça Brasileira”<sup>130</sup>. No endereço eletrônico da premiação, a descrição da atuação é a seguinte:

Em agosto de 2012, após sérias denúncias de violação de direitos humanos no Hospital Psiquiátrico Vera Cruz em Sorocaba, em reportagem televisiva, o GAECO efetuou uma operação de investigação com vistoria interna do nosocômio e apreensão de documentos. O cenário encontrado mostrou uma realidade dura e de degradação dos pacientes ali residentes. Em setembro de 2012 o Ministério Público do Estado de São Paulo e o Ministério Público Federal deram início ao processo de negociação com os entes federados incumbidos da execução da política de saúde mental da região, de acordo com o quadro normativo do SUS. De setembro a dezembro de 2012 foram realizadas inúmeras reuniões com representantes do Ministério da Saúde (MS), Secretaria Estadual de Saúde de São Paulo (SES), e Secretarias Municipais de Saúde dos municípios de Sorocaba, Piedade e Salto de Pirapora, onde se localizam os sete Hospitais Psiquiátricos da região, e que representam o maior polo manicomial do País. Participaram ainda desta árdua negociação o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), Advocacia Geral da União (AGU), Secretaria Nacional de Direitos Humanos (SNDH), Conselho dos Secretários Municipais de Saúde de São Paulo (COSEMS) e Conselho Estadual de Saúde CES-SP. Desde o primeiro encontro o consenso a que se chegou é de que os entes federados deveriam assumir responsabilidades com relação aos sete hospitais da região, e o compromisso seria concretizado com a elaboração de um termo de ajustamento de conduta. O objetivo deste TAC é a desinternação dos pacientes dos sete hospitais, nos moldes da Lei 10.216/2001 e a concomitante construção da Rede de Atenção Psicossocial no Estado para recebê-los, como previsto na portaria 3088/2011(MS)<sup>131</sup>.

Analisando esse quadro do ponto de vista de Margulies<sup>132</sup>, observa-se que os autores do termo adotaram uma linha de pensamento causal justificável. Verificado o histórico de abuso nos hospitais, assim como a previsão legal que determina o tratamento assistencial, a postura adequada, do ponto de vista do interesse público, é que esses hospitais sejam fechados. Nada há de ilógico ou irracional na providência adotada. Todavia, ela ignora problemas de legitimidade e de representatividade heurística, propondo a adoção de uma solução com potencial para gerar diversos efeitos indesejáveis não previstos pelo acordo original.

<sup>129</sup> A notícia referida na nota anterior menciona o fechamento do Hospital Mental, já em 2014.

<sup>130</sup> Disponível em: <<http://www.premioinnovare.com.br/institucional/o-premio/>>. Acesso em 16.5.15.

<sup>131</sup> Disponível em: <<http://www.premioinnovare.com.br/praticas/desinstitucionalizacao-e-adequacao-da-raps-instituida-pelo-termo-de-ajustamento-de-conduta-relativo-aos-hospitais-psiquiatricos-da-regiao-de-sorocaba-20140529140318554784/>>. Acesso em 16.5.15.

<sup>132</sup> MARGULIES, Peter. The new class action jurisprudence and public interest law. In: *New York University Review of Law and Social Change*, vol. XXV, 1999, p. 487-538.



O primeiro problema é de legitimidade da representação. Não há notícia de que a classe efetivamente atingida pela medida – os pacientes, seus familiares e os funcionários dos hospitais, pelo menos – tenham sido ouvidos a respeito dessa solução. Na lista de participantes das reuniões que levaram à celebração do compromisso há apenas entidades públicas, nenhuma delas vinculada diretamente aos pacientes e às famílias que seriam atingidos pela solução proposta, que é o fechamento dos hospitais. Se existiu algum tipo de participação dessas pessoas, o resultado de sua oitiva e eventuais divergências não foram registrados no TAC publicado. Todos os hospitais atingidos pelo compromisso eram de internação voluntária – o próprio instrumento afirma ser inaplicável aos hospitais psiquiátricos penitenciários, no art. 8º, III – de forma que é razoável assumir que havia razões para que os pacientes ali estivessem.

Além disso, o trecho transcrito deixa transparecer o problema de representatividade heurística. O contexto da adoção da medida é altamente emocional, entremeado em uma série de denúncias de violações de direitos humanos, reportagem televisiva e investigação de índole criminal. A atuação não decorre de um planejamento de longo prazo, mas, segundo se depreende dos documentos disponíveis, da necessidade de se reagir a eventos específicos e graves, que fizeram com que, desde o início, a assunção de responsabilidades dos entes federados fosse materializada no compromisso de desinternação dos pacientes dos sete hospitais.

Em terceiro lugar, já da perspectiva dos resultados, o TAC parece propugnar a adoção de uma política de desinstitucionalização em massa, de modo necessário. Nesse ponto, ele vai além da Lei federal, que deixou margem para a adoção de tratamento institucional “quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes”. Não consta que tenha havido análise das condições pessoais desses pacientes para avaliar o prognóstico de tratamento extra-hospitalar. Além disso, o acordo, embora não o diga expressamente, pretende que o doente desinstitucionalizado seja “devolvido” para a família<sup>133</sup>, sem que, igualmente, tenha havido notícia da realização de avaliações acerca das possibilidades de cada uma dessas famílias para receber um paciente psiquiátrico.

---

<sup>133</sup> Consta do art. 8º, IV, que o primeiro critério para desinstitucionalização será o município de residência atual da família e, inciso VI, que “os municípios deverão executar políticas específicas para a completa reinserção familiar e social destes pacientes”.

Para além disso, o termo é específico apenas nas medidas de fechamento dos hospitais, mas não nas políticas de assistência aos pacientes, uma vez desinstitucionalizados. Há referências a “assistência integral”, “monitoramento”, “acompanhamento”, “avaliação” de variados tipos, “completa reinserção”, mas nenhuma dessas políticas têm metas ou indicadores de efetividade ou de implementação. A única obrigação efetivamente assumida pelos compromissários é o fechamento dos hospitais. O capítulo relacionado ao monitoramento das condições estabelecidas, embora lacônico, sugere que seu objetivo é monitorar o processo de desinstitucionalização e não os seus resultados concretos da medida sobre os pacientes e suas famílias. Fora isso, as demais obrigações previstas são relativas a políticas públicas já fixadas em lei ou regulamentos, a serem executadas sem inovações em relação ao que já deveria ocorrer por força das normas incidentes na espécie. O único prazo constante em todo o compromisso, de três anos, é para a implementação do plano de ação de desinstitucionalização, não para as ações de assistência. Não são minudenciadas políticas de apoio às famílias que receberão os pacientes desinstitucionalizados. Assim, os entes públicos incumbidos da manutenção desses hospitais foram liberados de um ônus financeiro considerável em razão do compromisso, já que o custo do tratamento assistencial é muito inferior ao do tratamento institucional. Apesar disso, não há garantia de que os recursos até então desembolsados para o tratamento institucional seriam integralmente direcionados para o tratamento assistencial.

Nesses termos, ainda que as intenções iniciais fossem as melhores possíveis, é provável que, na prática, os grandes beneficiados pelo acordo sejam os entes públicos compromissários. Eles se desincumbirão, ao longo do tempo, de um ônus financeiro expressivo. Por outro lado, não é certo que pacientes, familiares e funcionários tenham ficado em situação melhor. Para os pacientes, não há garantia de que os mesmos abusos que eram praticados nos hospitais não sejam praticados em casa, ou que passem a ser vítimas de outros tipos de maus-tratos, tão ou mais graves. Os familiares deverão assumir, sem qualquer apoio financeiro, apenas com as prestações assistenciais, o cuidado de pessoas em condições possivelmente graves, que oferecem risco para si e para terceiros, o que representa uma

sobrecarga patente, sobretudo para os mais pobres<sup>134</sup>. Os funcionários, se eram honestos e tentavam fazer um bom trabalho, correrão o risco de perder os empregos. Se eram os responsáveis pelos abusos denunciados, a medida não contribuiu para que houvesse apuração e punição. Caso sejam transferidos para outras localidades, poderão continuar praticando ilícitos, apenas contra outras vítimas.

Mesmo antes da aprovação da lei 10.216/01, autores já afirmavam que “fechar as portas dessas instituições, sem antes garantir a existência de outras alternativas de assistência para esses indivíduos na comunidade, com capacidade suficiente para atender a demanda existente e de fácil acesso a elas, não nos parece ser uma atitude coerente”<sup>135</sup>. Parece ser, contudo, exatamente esse o resultado obtido com o compromisso coletivo analisado, que estimula o fechamento das instituições sem fixar metas específicas de desempenho assistencial. É certo que, sem a análise de todas as circunstâncias, é possível apenas especular outras soluções para o problema. Por exemplo, não está claro se alternativas menos radicais foram cogitadas. Providências destinadas a garantir um tratamento institucional melhor, para os pacientes em situação pior, poderiam, talvez, ter chegado a outro resultado, ainda que não se desconheça que qualquer alternativa teria outras dificuldades, não necessariamente menores que as aqui apontadas. Todavia, o que se pretende ressaltar é que a solução para um conflito coletivo desse porte está longe de ser facilmente apreensível. Não se pode imaginar que o fato de pacientes psiquiátricos sofrerem abusos em hospitais significa que a solução necessária é o fechamento dos nosocômios. Uma decisão como essa interfere duramente na vida de pessoas em situações substanciais variadas, que precisariam ser consideradas para o desenho adequado da solução. Há pesquisa empírica que demonstra que outra experiência de desinstitucionalização, conduzida no Rio de Janeiro, não foi bem sucedida porque a população antes institucionalizada tende a rejeitar os tratamentos substitutivos e a continuar se internando em outros hospitais<sup>136</sup>.

---

<sup>134</sup> BANDEIRA, Marina e BARROSO, Sabrina Martins. Sobrecarga das famílias de pacientes psiquiátricos. In: *Jornal Brasileiro de Psiquiatria*, vol. 54, n. 1, 2005, p. 34-46.

<sup>135</sup> SADIGURSKY, Dora e TAVARES, José Lucimar. Algumas considerações sobre o processo de desinstitucionalização. In: *Revista Latino-Americana de Enfermagem*, vol. 6, n. 2, 1998, p. 23-27.

<sup>136</sup> SILVA, João Paulo Lyra da. *A desinstitucionalização e o processo de reorientação da assistência psiquiátrica no Rio de Janeiro no período 1995-2000: Monitoração de resultados de uma política*

Esses dilemas não são exclusivos do Brasil. Em Portugal, onde o processo de desinstitucionalização começou nos anos 1950, pesquisa empírica realizada no final dos anos 90 relatou “falta de estruturas de apoio na comunidade para a população com diagnósticos de esquizofrenia”, bem como uma “situação global de exclusão desta população”. As famílias se tornaram o único apoio social do doente e elas também não recebem auxílio sistemático de qualquer outro órgão estatal, sendo, por isso, especialmente penalizadas, o que impacta, por via de consequência, sobre o bem-estar dos próprios doentes, a quem se pretendia beneficiar originalmente<sup>137</sup>.

Nos Estados Unidos, o caso mais conhecido e polêmico de desinstitucionalização psiquiátrica também envolveu o processo coletivo. Trata-se do *Pennhurst State School and Hospital*, criado em 1908. No final dos anos 1970, foi ajuizada uma *class action* com o objetivo de questionar a falta de tratamento adequado, assim como inúmeras violações de direitos humanos que ocorriam no local<sup>138</sup>. As condições do hospital são relatadas na petição inicial como “insalubres, inumanas e perigosas”. Além de reparação financeira, a pretensão da classe autora era de que o hospital fosse fechado e que fosse estabelecida uma comunidade para que seus internos pudessem residir na região. De acordo com Peter Margulies, o advogado da classe consultou “de modo muito seletivo” os pais dos pacientes, sendo que o objetivo de fechar o hospital certamente não era compartilhado por todos<sup>139</sup>. Afirma, ainda, que esses pais se sentiram traídos quando descobriram a existência de tal pedido, vivendo na incerteza quanto ao que viria a ocorrer com seus filhos caso o

---

pública utilizando dados de inquérito epidemiológico associados a registros administrativos. (Dissertação de mestrado). Escola Nacional de Saúde Pública da Fundação Oswaldo Cruz. Orientador: Prof. Miguel Murat Vasconcellos. Rio de Janeiro, 2003. Analisando a situação no Rio de Janeiro, o autor concluiu que 38,01% do total de internos em 1995 continuaram a se internar em hospitais psiquiátricos, quatro anos depois de ter sido realizada a desinstitucionalização.

<sup>137</sup> “Em suma, os dados recolhidos junto de ‘doentes’, famílias e profissionais apontam para uma situação em que as famílias são a estrutura social em que assenta a política de não institucionalização dos doentes. Neste papel a família aparece penalizada na medida em que, embora utilizada como estrutura extra-hospitalar única, se sente encarada pela psiquiatria ‘comunitária’ como um parceiro ‘menor’ e não como parceira terapêutica, é responsabilizada pelo acompanhamento (medicamentoso, ida à consulta, decisão de internamento) do doente mas não apoiada ao nível funcional do quotidiano (presente e futuro) nem ao nível emocional.

Não sendo apoiadas na integração, acabam por funcionar como elemento de reforço da exclusão social”. ALVES, Fátima; SILVA, Luísa Ferreira. *A família como suporte da política de saúde mental em Portugal*. Disponível em <<http://ler.letras.up.pt/uploads/ficheiros/7090.pdf>>. Acesso em 25.10.14.

<sup>138</sup> *Halderman v. Pennhurst State School & Hospital*, 446 F.Supp. 1295 (E.D. Pa., 1977).

<sup>139</sup> MARGULIES, Peter. The new class action jurisprudence and public interest law. In: *New York University Review of Law and Social Change*, vol. XXV, 1999, p. 507

fechamento fosse ordenado. No mesmo sentido, Carey e Gu<sup>140</sup> afirmam que vários pais pretendiam melhorar as condições do hospital, mantendo-o como uma das alternativas de tratamento, e não pleitear o encerramento de suas atividades. Apesar disso, o juiz não determinou a formação de subclasse ou a representação por advogado distinto para essas pessoas.

A classe foi certificada e a dilação probatória determinou que as condições eram não apenas perigosas, como que os pacientes eram vítimas de abusos físicos frequentes e que, em termos sanitários, o local era “inabitável”. Por essas razões, o juízo federal determinou que a instalação fosse fechada e que o estado apresentasse um plano para remoção e realocação de todos os internos, bem como novas propostas para tratamento, adequadas à situação de cada indivíduo, com a participação de suas famílias. A Corte de Apelações confirmou a decisão na maior parte, mas não em relação à obrigatoriedade de fechamento da instituição. Deveriam ser verificadas individualmente as situações dos pacientes, para se determinar aqueles que poderiam passar a ser tratados de forma desinstitucionalizada e os que seriam novamente internados, depois que o hospital fosse adequado pelo Estado aos padrões legais, o que foi ordenado. Contudo, houve recurso à Suprema Corte<sup>141</sup> e a decisão acabou revertida, ao argumento de que a lei federal que embasava a conclusão da corte inferior não havia criado direito subjetivo a um tratamento apropriado no ambiente menos restritivo possível. Ela apenas instituíra um programa para repasse de verbas federais aos estados, para a criação de políticas públicas de tratamento de pacientes psiquiátricos. As condições estabelecidas para o recebimento dos repasses não poderiam ser interpretadas como criadoras de direitos individuais, em norma federal, que pudessem ser exercidos pelos pacientes contra os estados.

O processo foi devolvido ao primeiro grau e teve continuidade, sendo determinado, novamente, o fechamento do hospital, agora com base em legislação estadual. A Suprema Corte, todavia, invalidou mais uma vez a decisão, com fundamentos

---

<sup>140</sup> CAREY, Allison C. e GU, Lucy. Walking the line between the past and the future: parents' resistance and commitment to institutionalization. In: BEN-MOSHE, Liat; CHAPMAN, Chris; CAREY, Allison C. (eds.) *Disability Incarcerated: imprisonment and disability in the United States and Canada*. New York: Palgrave Macmillan, 2014, p. 101-119.

<sup>141</sup> *Pennhurst State School and Hospital v. Halderman*, 451 U.S. 1 (1981).

relacionados aos limites da jurisdição federal sobre o estado<sup>142</sup>. Apesar disso, o processo não foi extinto, mas devolvido novamente ao juízo e, depois de uma década de controvérsia, acabou sendo firmado um acordo e o hospital foi fechado no final de 1987, com uma série de condições que incluíam o fornecimento de moradia e tratamentos não institucionais para os antigos pacientes. Nesse momento, já havia apenas 435 internos no local, um número bem inferior aos 1.154 pacientes que compunham a classe quando o processo foi iniciado. Todos os internos originais foram abrangidos pelo acordo, no qual há visível preocupação com a delimitação de tratamentos especificamente talhados para a situação individual de cada um dos membros da classe<sup>143</sup> e com os benefícios concretos que serão garantidos a eles após a desativação do hospital. Este, por sua vez, permaneceria em operação até que todos os pacientes fossem realocados nas residências que seriam providenciadas em virtude do acordo. Os investimentos seriam da ordem de aproximadamente US\$ 100 milhões, fora a manutenção dos serviços implantados para atender os beneficiários.

Apesar da qualidade do acordo, em 1994 foi constatado o seu descumprimento parcial, sendo emitida uma determinação aos interessados para regularização, sob pena de multa diária de US\$ 5 mil. Pelo que foi relatado pelo *special master* indicado para acompanhar os procedimentos, havia boa vontade dos réus, que obtiveram grande avanço, apesar das dificuldades, de modo que não foi imposta a multa. Em 1998, foi apresentado um plano para a melhoria da qualidade de habitação, saúde e emprego dos membros da classe e, em 1998, o juízo proferiu uma decisão mostrando-se muito satisfeito com o progresso do acordo até então, e estabelecendo data para o encerramento dos trabalhos do *special master*, com a

<sup>142</sup> *Pennhurst State School v. Halderman*, 465 U.S. 89 (1984).

<sup>143</sup> O acordo está disponível em <[http://www.leagle.com/decision/19851831610FSupp1221\\_11632](http://www.leagle.com/decision/19851831610FSupp1221_11632)>. Acesso em 25.10.14. Antes de abordar o mérito, ele sumariza todo o longo histórico do processo. O teor da compensação principal é o seguinte:

“Under the terms of the proposed settlement, the Commonwealth and County defendants have agreed to provide community living arrangements to those members of the plaintiff class for whom such placement is deemed appropriate by the individual planning process, together with such community services as are necessary to provide each person with minimally adequate habilitation, until such time as the retarded individual no longer is in need of such living arrangements and/or community services. (...) All defendants shall assure that all persons provided with services under the terms of the agreement shall be afforded: (1) protection from harm; (2) safe conditions; (3) adequate shelter and clothing; (4) medical, health-related, and dental care; (5) protection from physical and psychological abuse, neglect, or mistreatment; (6) protection from unreasonable restraint and the use of seclusion; and (7) protection from the administration of excessive or unnecessary medication”.

produção de 110 relatórios individuais da situação de membros da classe escolhidos aleatoriamente<sup>144</sup>. No final de 1998, o juiz entendeu que os planos estavam andando como planejado e que a supervisão judicial não era mais necessária<sup>145</sup>. Ao longo desse período, em *Bartley v. Kremens*<sup>146</sup>, o Poder Judiciário na Pensilvânia julgou os critérios estaduais de admissão de menores em instituições psiquiátricas inconstitucionais, o que fez com que eles fossem alterados pelo legislador, tornando-se muito mais rigorosos. Esses novos critérios foram considerados válidos pela Suprema Corte em *Secretary of Public Welfare of Pennsylvania v. Institutionalized Juveniles*<sup>147</sup>. Mesmo assim, outras instituições psiquiátricas continuaram funcionando na Pensilvânia, porque seria “irrealista a desinstitucionalização em toda a Pensilvânia, dada escassez de serviços comunitários”<sup>148</sup>.

Como se observa, havia um claro conflito intraclasse que não foi adequadamente tratado pelo representante ou pelo juízo, ambos movidos pelo ideal, perfeitamente razoável, de colocar fim aos abusos praticados contra crianças portadoras de deficiência. É difícil dizer se a existência concreta desse conflito, mesmo não transposta para o processo, é responsável pela dificuldade em se colocar fim ao litígio, mas é certo que dez anos de tramitação constitui um período excepcionalmente longo para o padrão norte-americano. Quando se compara a situação da Pensilvânia a um caso idêntico, ocorrido em Nova York, obtém-se mais um indício de que o conflito intraclasse pode ter desempenhado um papel no tumultuado andamento da demanda. Quase simultaneamente ao caso da Pensilvânia, Nova York enfrentava um litígio para o fechamento de uma instituição análoga, a *Willowbrook State School*. Criada em 1947, a escola abrigava, na década de 1960, cerca de 6 mil crianças, chegando a ser a maior instituição para pessoas com deficiência mental nos Estados Unidos. Ainda nos anos 60, o local começou a ser denunciado publicamente, inclusive por autoridades políticas, pelas más

<sup>144</sup> A decisão está disponível em <<https://www.paed.uscourts.gov/documents/opinions/98D0144P.pdf>>. Acesso em 25.10.14.

<sup>145</sup> *Halderman v. Pennhurst State Sch. & Hosp.*, 9 F.Supp.2d 544 (E.D. Pa. 1998).

<sup>146</sup> 402 F.Supp. 1039 (ED Pa. 1975).

<sup>147</sup> 442 U.S. 640 (1979).

<sup>148</sup> CAREY, Allison C. e GU, Lucy. Walking the line between the past and the future: parents' resistance and commitment do institutionalization. In: BEN-MOSHE, Liat; CHAPMAN, Chris; CAREY, Allison C. (eds.) *Disability Incarcerated: imprisonment and disability in the United States and Canada*. New York: Palgrave Macmillan, 2014, p. 101-119. Citação p. 113.

condições de tratamento dos internos e sua submissão a pesquisas e experimentos médicos questionáveis. Vários jornais publicaram artigos sobre tal situação e, no início da década de 1970, o repórter investigativo Geraldo Rivera apresentou um especial de televisão e publicou um livro sobre as péssimas condições de vida no local<sup>149</sup>.

Nesse contexto de forte atenção da mídia, foi ajuizada uma ação, em março de 1972, demandando a expedição de ordem ao estado para que contratasse mais pessoal, proibisse o uso de restrições físicas dos internos, determinasse o fornecimento de quartos e roupas apropriadas e a reforma geral das instalações<sup>150</sup>. De acordo com os comentaristas, os advogados fizeram grandes esforços para entrar em contato com os pais de todos os internos, com o objetivo de obter consentimento em relação aos pedidos. Após instrução preliminar, foi concedida a ordem pelo juízo federal, determinando, com impressionante grau de detalhamento, as providências que deveriam ser adotadas pelo estado de Nova York<sup>151</sup>. Ao mesmo tempo em que as providências eram tomadas, iniciaram-se discussões para a celebração de um acordo. Há informação de que, sempre que a negociação para obtenção do acordo chegava a algum ponto polêmico, nova consulta era feita aos pais dos internos, apesar das dificuldades inerentes ao grande número de envolvidos<sup>152</sup>. De acordo com Peter Margulies, “em razão dessa consulta, os resultados da negociação foram aceitos mais prontamente como justos pelos pais e guardiões de membros da classe”<sup>153</sup>. Um acordo foi aprovado em abril de 1975, contendo um apêndice de “passos, parâmetros e procedimentos” para a operação

---

<sup>149</sup> RIVERA, Geraldo. *Willowbrook: A Report on How it is and Why it Doesn't Have to Be That Way*. New York: Random House, 1972.

<sup>150</sup> *New York State Ass'n for Retarded Children, Inc. v. Rockefeller*, 357 F. Supp. 752 (E.D.N.Y. 1973).

<sup>151</sup> Alguns exemplos: “1. A prohibition against seclusion (...) 2. Immediate hiring of additional ward attendants (...) 3. Immediate hiring of at least 85 more nurses (...) 4. Immediate hiring of 30 more physical therapy personnel (...) 5. Immediate hiring of 15 additional physicians (...) 6. Immediate hiring of sufficient recreational staff (...) 7. Immediate and continuing repair of all inoperable toilets (...) 8. Consummation within a reasonable time of a contract with an accredited hospital (...) 9. Periodic reports (to the court) concerning the progress of the defendants in meeting these requirements.

<sup>152</sup> ROTHMAN, Sheila M. e ROTHMAN, David J. *The Willowbrook Wars: Bringing the Mentally Disabled into the Community*. New Jersey: The Transaction Publishers, 2005, p. 360.

<sup>153</sup> MARGULIES, Peter. The new class action jurisprudence and public interest law. In: *New York University Review of Law and Social Change*, vol. XXV, 1999, p. 507.



futura da instituição, em “vinte e nove páginas em espaçamento simples”<sup>154</sup>, conforme reporta o 2º Circuito de Apelações<sup>155</sup>. O acordo demandava a elaboração de

um plano individual de cuidado, desenvolvimento e serviços para cada residente, preparado por uma equipe profissional interdisciplinar, depois de avaliação abrangente, com pelo menos seis horas de atividades por dia da semana, individualmente definidas com o objetivo de aumentar o crescimento e desenvolvimento físico, social, emocional e intelectual dos internos, abrangendo educação, recreação, fisioterapia e fonoaudiologia<sup>156</sup>.

Além desse plano minudente, foram limitadas as técnicas de modificação de comportamento, as restrições físicas, a pesquisa e a medicação, bem como estabelecidos requisitos de número de pessoal e qualidade de habitação. Não se determinou o fechamento imediato da escola, mas que seu objetivo fosse direcionado a “preparar cada residente, com o devido respeito a suas próprias deficiências e a devida apreciação de suas capacidades, para a vida na comunidade em geral”. Para que essa desinstitucionalização progressiva não fosse uma meta vazia, foi estabelecido que, em seis anos, o local deveria ter, no máximo, capacidade para 250 internos. Foram criados dois órgãos para acompanhar o andamento do acordo, o *Consumer Advisory Board (CAB)*, cujo objetivo era prover informações da perspectiva dos residentes e de suas famílias, sendo composto por pessoas indicadas entre eles, não profissionalmente envolvidas com o tratamento de portadores de deficiências e o *Professional Advisory Board (PAB)*, formado por profissionais de notório saber em campos científicos relevantes para o tratamento proposto, mas não vinculados diretamente com a instituição. O CAB participava da definição dos objetivos e planos de longo prazo e avaliava violações a direitos dos internos. O PAB fornecia perspectivas externas para a elaboração dos programas profissionais que seriam aplicados aos pacientes<sup>157</sup>.

Há relatos de que o plano enfrentou dificuldades ao longo do cumprimento, mas é apreciável a preocupação de seu desenho institucional com a participação dos envolvidos, a pluralidade de fontes de informação e a mudança gradual do cenário

<sup>154</sup> O Compromisso de Ajustamento de Conduta firmado em Sorocaba, mencionado anteriormente, tem 9 páginas de texto.

<sup>155</sup> *New York State Association for Retarded Children Inc v. L. Carey*, 596 F.2d 27 (2nd Cir., 1979).

<sup>156</sup> Idem, ibidem.

<sup>157</sup> O texto integral do impressionante acordo, assim como detalhes do caso, estão disponíveis em <<http://www.library.csi.cuny.edu/archives/pdfs/consent%20decree.pdf>>. Acesso em 26.10.14.

institucional. O chamado ativismo judicial já não provocava espanto na década de 1970, sendo bastante clara para os envolvidos a possibilidade de que os juízes emitissem ordens para que o Estado fizesse modificações institucionais profundas, destinadas a proteger direitos fundamentais. Contudo, isso não significa que o diálogo precisasse necessariamente ficar restrito aos atores processuais, excluindo ou mesmo contrariando a vontade e as opiniões dos que seriam atingidos pela decisão<sup>158</sup>. Os membros da classe foram efetivamente chamados a participar do processo coletivo, não apenas em respeito à garantia do devido processo legal, mas porque se reconheceu que suas perspectivas seriam importantes para forjar um acordo melhor. Em 1986, Willowbrook tinha menos de 250 internos e acabou fechado em 1987.

### **5.7 Conclusão parcial: o que se pode aprender com os conflitos?**

Peter Margulies conduz uma análise dos casos americanos de desinstitucionalização perfeitamente aplicável à situação brasileira, apontando cuidados que a transformação de instituições e de políticas por decisões judiciais deve tomar. O primeiro é a necessidade de se atentar para o risco de “saída”. O réu pode se valer do litígio para deixar de atuar naquele campo. A saúde mental é um bom exemplo. O modelo de internação, desenvolvido no século XVIII, se transformou, em toda parte, em alvo de críticas e de repúdio. Como reação a comportamentos bárbaros, cujas imagens passaram a ser chocantemente visíveis, o processo coletivo exerceu, em vários países, papel importante na desinstitucionalização de pacientes psiquiátricos. Construiu-se a crítica de que essas pessoas haviam sido abandonadas pelas famílias ao bel prazer do Estado, aliada ao avanço de pesquisas médicas que pregavam o tratamento ambulatorial, viabilizado por novos medicamentos psicotrópicos, e a pesquisas sociológicas, que caracterizavam a loucura como um rótulo social para os desviantes. O próprio

---

<sup>158</sup> Sobre o histórico do ativismo judicial nos Estados Unidos, ver MACCHIAROLA, Frank. The courts in the politicam process: judicial activism or timid local government? In: *Journal of Civil Rights and Economic Development*, vol. 9, n. 2, 1994, p. 703-723.

Estado, por sua vez, viu nisso a oportunidade de se livrar de um problema caro<sup>159</sup> e que vinha repercutindo mal para seus dirigentes<sup>160</sup>. A dúvida científica sobre a melhor forma de se tratar esses pacientes, aliada à pressão social e judicial, proporcionou ao Estado a oportunidade perfeita para deixar de gerir de instituições complexas, cujo retorno político era nulo, senão negativo. Com a promessa de que os doentes seriam melhor tratados na comunidade, à base de medicamentos cuja administração não seria mais difícil que a de um suplemento vitamínico, o Estado devolveu à sociedade uma responsabilidade que havia sido sua por mais de cem anos<sup>161</sup>.

Se o fim do tratamento institucional é um avanço ou um retrocesso para os pacientes, não é um problema para ser discutido na presente pesquisa. A questão é que, nas situações em que isso se fez com a ajuda do sistema processual, a mudança foi feita, em regra, sem o concurso dos principais interessados, quais sejam, os próprios pacientes e seus familiares. Isso levanta um problema não apenas de legitimidade das decisões, mas de sua qualidade. A comparação entre os casos da Pensilvânia e de Nova York sugere que a maior inclusão dessas pessoas teria potencial para forjar remédios mais bem amoldados à situação substancial, proporcionando resultados sociais mais adequados. A participação dos interessados, portanto, é instrumentalmente valiosa para a produção de decisões públicas aderentes à realidade do litígio.

O caso brasileiro ainda sugere que o processo coletivo, objetivando extinguir o tratamento institucional sem garantir compromissos concretos no campo da assistência ou no apoio às famílias dos pacientes, proporcionou ao réu oportunidade de extinguir uma política pública sem o obrigar a assumir compromissos concretos equivalentes para os programas que seriam criados em seu lugar. Esse efeito é potencializado pela constatação de que, mesmo um tratamento assistencial

---

<sup>159</sup> Sobre o problema orçamentário da saúde nos Estados Unidos, ver GOSTIN, Lawrence O.; BURRIS, Scott; LAZZARINI, Zita. *The Law and the Public's Health: A Study of Infectious Disease Law in the United States*. In: *Columbia Law Review*, vol. 99, n. 1, 1999, p. 59-128.

<sup>160</sup> MARGULIES, Peter. The new class action jurisprudence and public interest law. In: *New York University Review of Law and Social Change*, vol. XXV, 1999, p. 514.

<sup>161</sup> Paul Appelbaum analisa casos americanos para demonstrar que, apesar de tudo, a realidade dos pacientes psiquiátricos mudou muito menos do que foi previsto. APPELBAUM, Paul S. *Almost A Revolution: Mental Health Law and the Limits of Change*. New York: Oxford University Press, 1994.

excepcionalmente eficaz já significa menor comprometimento do Estado em relação ao paciente, tanto em termos financeiros quanto de responsabilidade em geral, em comparação com a situação de internação<sup>162</sup>. Conforme mencionado, é possível que, a longo prazo, a classe representada seja prejudicada e os compromissários, beneficiados pela avença.

A análise dos gastos federais em saúde mental, na primeira década dos anos 2000, período anterior ao do TAC supra descrito, mas no qual o processo de desinstitucionalização já havia sido adotado como política pública, apresenta indícios de que o Estado brasileiro de fato vem se aproveitando do processo. No total, as despesas com saúde mental aumentaram entre 2001 e 2009, em razão da estruturação de uma rede de atenção extra-hospitalar até então praticamente inexistente. Mas, quando se analisam os gastos hospitalares, havia, em 2001, 51.393 leitos psiquiátricos e o gasto federal, apenas no componente hospitalar, era de aproximadamente R\$ 798 milhões. Em 2009, o número de leitos havia caído para 34.601, uma redução de aproximadamente 33%, enquanto o gasto federal em atenção psiquiátrica hospitalar caiu para R\$ 482 milhões, um decréscimo de 45,5%, sem considerar a inflação no período<sup>163</sup>. Isso demonstra que, mesmo sem redução do gasto total em saúde mental, não houve qualquer esforço para melhorar as instalações hospitalares que existiam e continuaram existindo. Elas foram desmanteladas, com a redução dos investimentos ocorrendo em proporção maior que a redução do número de leitos. Sem alocação de recursos, os hospitais que continuam existindo vão permanecer tão ruins quanto eram no início do processo,

<sup>162</sup> Diz Margulies, sobre os Estados Unidos: “State governments embraced this low-maintenance approach to mental health care, since in-patient psychiatric facilities by the 1960s were consuming a major slice of state budgets”. MARGULIES, Peter. The new class action jurisprudence and public interest law. In: *New York University Review of Law and Social Change*, vol. XXV, 1999, p. 514.

<sup>163</sup> Os dados financeiros estão em GONÇALVES, Renata Weber; VIEIRA, Fabíola Sulpino; DELGADO, Pedro Gabriel Godinho. Política de Saúde Mental no Brasil: evolução do gasto federal entre 2001 e 2009. In: *Revista Saúde Pública*, 2012, vol. 46, n. 1, 2012, p. 51-58. Os dados relativos ao número de leitos são do Ministério da Saúde e estão disponíveis em <<http://saudeecosol.files.wordpress.com/2012/03/saude-mental-em-dados-10-ms.pdf>>. Acesso em 25.10.14. Em todo o período analisado, de 2001 a 2009, houve redução de investimentos hospitalares psiquiátricos em proporção maior que a redução do número de leitos. O pior cenário foi o do ano 2008, pois existiam 36.797 leitos, para um investimento de R\$ 477 milhões. Um pequeno aumento nos investimentos e a redução de 2 mil leitos de 2008 para 2009, o último ano em que foram encontrados dados analisados na literatura consultada, fez a proporção entre gastos e leitos se aproximar um pouco. É claro que os custos indiretos economizados com a desativação de leitos podem sustentar que não existe uma relação de proporção direta entre o quanto se reduzem os leitos e o quanto se economiza. Mas isso não invalida a inferência de que a redução do número de leitos não significou maiores investimentos nos hospitais que continuaram existindo.

com carências variadas que, eventualmente, fornecerão imagens chocantes, as quais retroalimentarão a percepção de que eles devem ser fechados. Isso vai permitir a continuidade da redução dos gastos e dos leitos, e assim sucessivamente, até que não restem mais hospitais do gênero.

Também é preciso considerar que o interesse na resolução de um problema complexo pode ofuscar as limitações da solução proposta, sobretudo quando as alternativas são poucas e difíceis. Ainda na década de 1980, autores norte-americanos observavam que a eficácia do tratamento assistencial de pacientes psiquiátricos era limitada tanto pelas restrições orçamentárias, quanto pelas próprias enfermidades de alguns deles. Há também indicações de que muitos desses pacientes, abandonados por suas famílias, se tornaram moradores de rua<sup>164</sup>. Isso frequentemente os levou ao crime, em um processo que Appelbaum denominou transinstitucionalização. Os pacientes foram transferidos de hospitais de internação voluntária para os hospitais penitenciários<sup>165</sup>. Em 2011, o sistema penitenciário se tornou o maior provedor de tratamento psiquiátrico dos Estados Unidos, liderado pelo *Cook County Jail* de Chicago, com população carcerária de 9 mil detentos, dentre os quais estima-se que de 25 a 35% sofram de problemas mentais<sup>166</sup>.

O segundo desafio para a modificação de políticas governamentais por intermédio do processo é o que a doutrina norte-americana batizou com o neologismo de “intercessionalidade”<sup>167</sup>. A classe não se resume a um de seus atributos. Há intercessões entre a característica que é alvo do processo e outras, compartilhadas por todos ou alguns de seus membros, que podem fazer com que os resultados concretos do processo sejam distintos do que se imaginava. Esse problema é

<sup>164</sup> APPELBAUM, Paul S. *Almost A Revolution: Mental Health Law and the Limits of Change*. New York: Oxford University Press, 1994, p. 215.

<sup>165</sup> Analisando dados empíricos de seis países europeus, Stefan Priebe encontrou indícios de que o aumento da população carcerária pode estar relacionado a processos de reinstitucionalização ou transinstitucionalização de ex-pacientes psiquiátricos. O autor também nota o surgimento de novas formas de institucionalização em nos países pesquisados. PRIEBE, Stefan. Reinstitutionalisation in mental health care: comparison of data on service provision from six European countries. In: *BMJ*, vol. 330, 2005, p. 123-126.

<sup>166</sup> Dados disponíveis em <<http://thinkprogress.org/health/2013/07/12/2293471/cook-county-jail-mental-health-provider/>> e <<http://newsone.com/2744141/prisons-mental-health-providers/>>, entre outras fontes. Acesso em 16.5.15.

<sup>167</sup> O termo foi cunhado por CRENSHAW, Kimberle. Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics. In: *University of Chicago Legal Forum*, 1989, p. 139-168.

debatido por autores relacionados aos estudos de gênero, em relação, por exemplo, à intercessão com problemas raciais. Angela Harris assevera que a situação da mulher não pode ser compreendida sem se levar em conta suas relações com a raça, a classe, a orientação sexual, as deficiências físicas e mentais e outras realidades da experiência<sup>168</sup>. Sua proposta é que essas categorias sejam pensadas de formas mais instáveis, relacionais e flexíveis. Assim, as múltiplas identidades dos membros da classe precisam ser consideradas na construção de uma solução<sup>169</sup>.

Isso é mais fácil de apontar que de executar, especialmente quando o veículo para a solução da controvérsia é o processo. Mais ainda no Brasil, onde os acordos coletivos são raros. As constrições da estabilização da demanda e da coisa julgada provavelmente impedirão o legitimado coletivo de pleitear a alteração das medidas de remediação determinadas na sentença, especialmente quando a modificação se mostrar mais onerosa para o réu. É preciso que o autor tenha uma grande dose de antevisão ao elaborar a petição inicial, prevendo todos os aspectos envolvidos no processo, o que dificilmente é factível. Isso porque, como aponta Margulies, a partir do momento que surge, no próprio direito ou em outro ramo do conhecimento, uma solução para um problema, a existência da solução influencia a própria visualização do problema<sup>170</sup>. Como dizem James March e Johan Olsen, em políticas públicas, a solução é uma resposta ativamente procurando por uma pergunta<sup>171</sup>. Os autores defendem que contextos complexos precisam ser encarados por intermédio de um modelo “lata de lixo”. Tradicionalmente, se imagina que existe uma ordenação lógica e temporal entre problemas, soluções, decisões e oportunidades de escolha. O modelo lata de lixo afirma o contrário. Todos esses elementos são correntes independentes e exógenas que fluem através de um sistema. Os problemas e as soluções se formam de modo totalmente autônomo. “Apesar do ditado de que você não pode encontrar uma resposta até formular a pergunta certa, na verdade você

---

<sup>168</sup> HARRIS, Angela P. Race and Essentialism in Feminist Legal Theory. In: *Stanford Law Review*, vol. 42, n. 3, 1990, p. 581-616.

<sup>169</sup> CRENSHAW, Kimberle. Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color. In: *Stanford Law Review*, vol. 43, n. 6, 1991, p. 1241-1300.

<sup>170</sup> MARGULIES, Peter. The new class action jurisprudence and public interest law. In: *New York University Review of Law and Social Change*, vol. XXV, 1999, p. 504.

<sup>171</sup> MARCH, James G.; OLSEN, Johan P. *Rediscovering institutions: the organizational basis of politics*. New York: The Free Press, 1989, p. 12-13.

não sabe qual é a pergunta de política pública até que você saiba a resposta”<sup>172</sup>. Isso vale para o processo coletivo. Quando se visualizou a possibilidade de que o processo, em razão da ampliação do Papel do Poder Judiciário ao longo do século XX, fosse uma ferramenta apta a solucionar conflitos coletivos de grandes dimensões, que não foram resolvidos em outras searas, rapidamente ficaram visíveis situações em que tal mecanismo poderia ser aplicado. O sucesso do microsistema de tutela coletiva no Brasil parece avalizar essa hipótese. A percepção de determinados problemas pelos juristas é condicionada pela ciência de que existe uma ferramenta processual apta a solucioná-los. Basta exemplificar com as intervenções judiciais em saúde pública. O Sistema Único de Saúde não era melhor no passado – provavelmente era pior – mas suas deficiências não eram encaradas como problemas jurídicos, mas de sanitaristas e administradores públicos. A partir do momento em que surgiu, no Direito, uma providência que poderia significar ser a solução, a possibilidade de ações judiciais pleiteando prestações nesse âmbito, o problema passou a ser jurídico e se tornou objeto de análise pelos juristas.

Entretanto, como a atividade jurisdicional demanda algum tipo de simplificação da realidade, o autor coletivo é uma vítima provável de um processo de disponibilidade heurística, segundo o qual a percepção de probabilidade de que uma solução seja correta é influenciada pela sua disponibilidade, gerando o que Timur Kuran e Cass Sustein<sup>173</sup> chamaram de disponibilidade em cascata. Segundo esse raciocínio, quanto mais presente estiver uma proposta no discurso público, mais ela parecerá plausível. A desinstitucionalização psiquiátrica é um excelente exemplo da teoria. O discurso científico de sua defesa, tanto na área médica, quanto nas ciências humanas, só repercutiu efetivamente a partir do surgimento das drogas calmantes que substituíram a constrição física de pacientes violentos pela constrição química<sup>174</sup>. A disponibilidade da solução foi aliada ao discurso médico e sociológico,

---

<sup>172</sup> Idem, p. 13.

<sup>173</sup> KURAN, Timur; SUSTEIN, Cass. Availability cascades and risk regulation. In: *Stanford Law Review*, vol. 51, 1999, p. 683-768.

<sup>174</sup> O Chlorpromazine, principal calmante utilizado no tratamento psiquiátrico ao longo do século XX, foi sintetizado em 1950. Stefan Priebe afirma “Since the 1950s, deinstitutionalisation has dominated mental healthcare reforms throughout western Europe”. PRIEBE, Stefan. Reinstitutionalisation in mental health care: comparison of data on service provision from six European countries. In: *BMJ*, vol. 330, 2005, p. 123-126.

criando uma disponibilidade em cascata que fez com que a extinção das instituições psiquiátricas de internação fosse vista como a única solução possível, e transformando a institucionalização em um comportamento indefensável, uma barbárie a ser combatida a todo custo.

O modelo lata de lixo, as limitações cognitivas inerentes ao processo e a disponibilidade em cascata contribuem para que nuances do problema, que não se enquadram na solução percebida, tendam a ser progressivamente ignoradas. Assim, características salientes entre membros de um determinado grupo passam a ser ressaltadas, permitindo que ele seja tratado como tal. Quanto mais se avança para uma solução, maior a possibilidade de que ela se afaste dos fatos subjacentes, tornando-se apenas uma percepção que se retroalimenta. Ela ainda pode estar certa, mas também pode estar cada vez mais errada. O mais provável, na maioria dos casos, é que a solução proposta esteja apenas parcialmente correta, compatível com alguns elementos da realidade, mas incompatível com outros, que ficaram ocultos naquilo que foi classificado como nuance, não necessariamente por ser menos importante, mas por estar menos perceptível, menos disponível ou menos solucionável. Esse processo está presente também na elaboração de leis e normas administrativas<sup>175</sup>, mas juízes e os demais atores, em um processo coletivo, estão a ele igualmente sujeitos<sup>176</sup>.

O abandono das nuances se dá por priorização ou agregação. Ou uma característica do grupo é considerada mais importante que outra, como, por exemplo, o fato de ser portador de deficiência se sobressai em relação ao fato de se tratar de uma criança, e não de um adulto, ou eles são somados, em uma formulação do tipo “se as coisas são ruins para mulheres, elas devem ser ainda piores para mulheres negras”<sup>177</sup>. Embora nenhuma das duas abordagens

---

<sup>175</sup> “Availability cascades that spread empirically baseless information create formidable political pressures in support of wasteful and counterproductive regulations”. KURAN, Timur; SUSTEIN, Cass. Availability cascades and risk regulation. In: *Stanford Law Review*, vol. 51, 1999, p. 761.

<sup>176</sup> “Availability cascades are relevant not only to routine legislative struggles but also to the making and exercise of constitutional law. (...)The courts are not immune to the social mechanisms examined in this article. Judges are subject to the availability heuristic, vulnerable to informational biases, and responsive to reputational incentives. All this leaves them open to the influences of availability cascades”. Idem, p. 765.

<sup>177</sup> MARGULIES, Peter. The new class action jurisprudence and public interest law. In: *New York University Review of Law and Social Change*, vol. XXV, 1999, p. 520.



corresponda à realidade, elas facilitam o trabalho de descrevê-la. Assim, algumas narrativas dentro das nuances da classe, geralmente as mais dramáticas, mas não necessariamente as mais representativas, tendem a ser prestigiadas sobre outras, enquanto as diferenças entre os membros tendem a ser obscurecidas.

Em determinado momento, a força da disponibilidade em cascata da solução apresentada se torna tão grande que as vozes divergentes, no interior da classe, passam a ser tratadas como “apenas vozes divergentes”, usualmente desqualificadas pela afirmação de que não compreendem ou têm agendas paralelas que as levam a rejeitar a proposta majoritária. São, portanto, ignorantes ou mal-intencionadas. Kuran e Sustein afirmam, no âmbito Judiciário, que é impossível hoje criticar a decisão de *Brown v. Board of Education*, mesmo que ela tenha sido altamente controversa na época em que foi proferida. O mesmo vale para a desinstitucionalização psiquiátrica, vista como solução mundial para os problemas psiquiátricos, mas ignorando as críticas a seus efeitos colaterais<sup>178</sup>. Gradualmente, a realidade passa a se manifestar, aos olhos do mais comprometido defensor dos direitos fundamentais, como um grupo uniformemente oprimido que, tal como os escravos hebreus no Egito, quer apenas escapar à injustiça que o aflige, mas não reúne condições para tanto, em razão das limitações das vias legislativas ou administrativas. A solução processual, liberta de comprometimentos espúrios, se apresenta como o único caminho a seguir, mesmo que à revelia dos próprios interessados. A transformação social, que originalmente se intentava fazer em benefício de um grupo, agora passa a ser perseguida apesar dele.

---

<sup>178</sup> A de Saul Feldman, pelo menos, merece ser anotada: “Thousands of people (no one knows how many) who once were patients in state mental hospitals now live on the streets of our large cities. Some of them become ill or die because they have no place to keep warm. Such deaths are uncommon but they do occur, especially in places where the winter is cold and the social welfare system no less so. When the deaths are reported by the media, there is a collective clucking of tongues, some remedial action, and then business as usual”. FELDMAN, Saul. Out of the Hospital, onto the Streets: The Overselling of Benevolence. In: *The Hastings Center Report*, vol. 13, n. 3, 1983, p. 5-7.



## CAPÍTULO 6

### UM NOVO PROCESSO COLETIVO

#### 6.1 Introdução

Até este ponto, a presente tese colocou em questão alguns dos postulados fundamentais do processo coletivo brasileiro. O primeiro foi a classificação do Código de Defesa do Consumidor, que categoriza os direitos passíveis de tutela coletiva em difusos, coletivos e individuais homogêneos. Conquanto essa construção tenha profundo valor histórico, foi possível demonstrar seu caráter insatisfatório, tanto do ponto de vista teórico, quanto pragmaticamente. No campo teórico, a classificação do CDC bloqueou as possibilidades de avanço na definição da titularidade dos direitos coletivos, sobretudo dos transindividuais. Houve quem os reputasse titularizados pela sociedade, grupo, coletividade, pelo conjunto de pessoas que forma a sociedade, ou mesmo sem titular algum, tratando-os como mera atuação do direito objetivo. O fato é que pouco se avançou da ideia de Waldemar Mariz de Oliveira Júnior, de que os direitos transindividuais são de todos e, ao mesmo tempo, de ninguém.

Com isso, perdeu-se, na realidade dos casos, qualquer referencial de adequação da tutela que pudesse ser relacionado com as pessoas que efetivamente serão impactadas pela decisão. A despersonalização da titularidade permite que o processo coletivo rompa os laços com as pessoas que originalmente pretendeu beneficiar, adquirindo um reprovável viés paternalista ou autoritário. Isso não significa que o resultado material derivado do processo seja sempre mau, mas certamente aumenta o risco de que uma providência indesejada pelos membros ausentes de uma classe, que deveriam ser os titulares do direito e em nome de quem se litiga, seja acobertada pela coisa julgada.

No Capítulo 2, pretendeu-se superar esse problema por intermédio da formulação de uma nova tipologia, que parte não de categorias de direitos, mas de tipos de litígios.

Ao classificar direitos, o CDC ensejou tratamento idêntico a situações litigiosas distintas e incomparáveis. Há litígios coletivos simples, cujas possibilidades de processamento são limitadas e evidentes, mas há também litígios de elevada complexidade, nos quais são múltiplas as alternativas disponíveis para se dar tutela ao direito violado. No universo dos litígios complexos, foram apresentadas três possibilidades de enquadramento, de acordo com a formulação sociológica de Anthony Elliott e Bryan Turner, partindo do pressuposto de que as características do litígio são constitutivas do conceito de sociedade que titulariza os direitos em discussão. Somente a partir do litígio se pode definir quem são os titulares dos direitos coletivos, tanto aqueles tradicionalmente referidos como transindividuais, quanto os individuais homogêneos. Essa divisão, conforme enunciado, perde o sentido quando o que se pretende é extrair da tipologia consequências para a condução adequada do processo coletivo.

No Capítulo 3, a proposta foi analisar as condições de possibilidade da atividade processual representativa, à luz das garantias processuais constitucionais. Dois problemas precisavam ser enfrentados: primeiro, a constitucionalidade da extensão subjetiva da coisa julgada, em um sistema que elege a participação pessoal como elemento central do devido processo legal. Foram verificadas incoerências nos estudos do devido processo legal para o processo coletivo. Ao mesmo tempo em que se atribui à garantia elevado valor, se permite que ela seja afastada, no processo coletivo, apenas por pragmatismo. O pensamento tradicional entende que, se é preciso que exista o processo coletivo, é de se aceitar que o devido processo legal tenha nele outra feição. Todavia, esse pensamento falha por não dar ao devido processo legal coletivo contornos suficientemente delimitados, que o permitam funcionar como limite à atividade legislativa. Isso autorizaria o legislador a criar novas técnicas de representação processual, aptas a afastar a atuação do indivíduo em um vasto rol de litígios relacionados ao seu próprio bem-estar. Em segundo lugar, percebeu-se que, embora se afirme que o legitimado coletivo atua “em nome” de pessoas ausentes do processo, e não em defesa de interesse próprio, ainda não foi formulada uma teoria que embase essa atividade representativa, estabeleça seus pressupostos e requisitos. Ao revisar as bases teóricas da representação política, o texto concluiu que não há elementos que permitam sustentar uma atividade processual representativa sem elementos de participação dos ausentes. Por essa

razão, ofereceu-se uma teoria da representação processual coletiva que combina elementos de participação e de representação para pautar a atuação do legitimado, tendo como referencial os interesses, vontades e perspectivas dos ausentes, ainda que conservando algum grau de autonomia.

Nos Capítulos 4 e 5, a pesquisa se centrou na comparação da atividade de representação processual no Brasil e nos Estados Unidos. A apresentação das salvaguardas desenhadas pela experiência jurisprudencial norte-americana, para garantir que os interesses dos ausentes sejam efetivamente representados no processo, evidenciou a imaturidade do debate brasileiro sobre a questão, que permaneceu oculta sob o argumento, cuja falsidade se demonstrou, de que a decisão do processo coletivo apenas beneficia, nunca prejudica os ausentes. Ao passar para a avaliação concreta dos conflitos intraclasse, foi possível verificar que situações similares vem ocorrendo, tanto no Brasil, quanto nos Estados Unidos, que ilustram a importância de que o debate processual coletivo seja ampliado, não apenas para proporcionar ganho de legitimidade, mas para que se possam obter resultados efetivamente adequados a todas as situações jurídicas que serão impactadas pela decisão. Demonstrou-se, ainda, que soluções bem intencionadas e planejadas para problemas públicos complexos podem ignorar efeitos colaterais ou nuances da situação, gerando consequências negativas que dificilmente serão previstas pelos arquitetos da resposta buscada no processo. Esse fator sobleva a importância da participação e da pluralização de perspectivas na resolução de litígios coletivos de alta complexidade.

O objetivo do presente Capítulo é apresentar propostas para a reconstrução do processo coletivo brasileiro, a partir dos pressupostos e constatações anteriores. A ideia fundamental é a de que o perfil do litígio deve condicionar a atuação do legitimado e que dele depende a formulação de um processo coletivo adequado. Assim, serão expostas possibilidades para a condução do processo coletivo em litígios globais, locais e irradiados, tal como apresentados no Capítulo 2. A exposição não se preocupará em sustentar a aplicabilidade do modelo delineado, ou das soluções sugeridas, ao sistema processual brasileiro vigente, nem em especificar quais alterações, legislativas, constitucionais ou interpretativas seriam necessárias para que o processo coletivo brasileiro passe a ser o que aqui se

apresenta. Conforme se poderá verificar, algumas ideias são de fácil implementação, outras demandariam alterações substanciais no modo de encarar o processo civil. O interesse deste Capítulo é apresentar o modelo, deixando para o futuro os debates sobre sua implementação<sup>1</sup>.

## 6.2 O processo dos litígios coletivos globais

Litígios coletivos globais, tal como definidos no Capítulo 2, são aqueles que não atingem especificamente, ou de modo mais grave, a uma pessoa ou grupo de pessoas. A conflituosidade desses litígios é sempre baixa porque o impacto sobre a sociedade titular do direito é diminuto e uniforme, sendo pouco provável que as vítimas se importem com os rumos dados pelo legitimado coletivo à condução do processo, mesmo que tenham oportunidade para tanto. Já o grau de complexidade oferece um pouco de variação. Litígios globais podem ser simples, nas situações em que se pode presumir, pela análise da controvérsia, com elevado grau de certeza, no que consiste a tutela adequada dos direitos da classe ausente do processo. É o caso das pequenas lesões de massa a direitos do consumidor e de lesões ambientais de pequena monta, em que a pretensão é sempre desfazer o mau causado pela conduta do réu ou, eventualmente, compensá-lo. Por outro lado, quando o litígio envolve questões mais técnicas, que desafiam dúvida científica legítima sobre o modo adequado de se dar tutela ao direito violado, a complexidade será mais elevada. Em nome da clareza da exposição, essas duas hipóteses, serão tratadas separadamente.

---

<sup>1</sup> Embora a abordagem proposta seja incómoda no Brasil, a ideia surgiu das discussões com o professor David Rosenberg, que orientou esta pesquisa no período em que ela foi realizada na Harvard Law School. Rosenberg, ao longo de sua carreira, estruturou diversos modelos processuais mais preocupados com, como ele mesmo diz, “o mundo como ele deveria ser, ao invés do mundo como ele é”. Ver, por exemplo, ROSENBERG, David; SHAVELL, Steven M. A Model in Which Suits are Brought for Their Nuisance Value. In: *International Review of Law and Economics*, vol. 5, 1985, p. 3-13; ROSENBERG, David; JACKSON JR., Robert J. A New Model of Administrative Enforcement. In: *Virginia Law Review*, vol. 93, 2007, p. 1983-2015. No Brasil, ao contrário, a doutrina vem despendendo esforços consideráveis, que nem sempre primam pela coerência, para demonstrar que suas construções, ainda que dissociadas dos textos legais ou da jurisprudência, são aplicáveis *de lege lata*.

### 6.2.1 Características do processo nos litígios coletivos globais simples

Inicialmente, cumpre tratar do problema dos litígios globais simples, cuja principal espécie são as pequenas lesões experimentadas pelos consumidores. Muitos são os exemplos que poderiam ser citados, mas, a título ilustrativo, mantenha-se em mente o caso de uma ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal, com o objetivo de condenar uma empresa aérea e uma seguradora a restituir aos consumidores valores cobrados pela venda abusiva de seguro-viagem. No caso, o website da companhia aérea exibia as opções de tal modo que o comprador era induzido a adquirir o seguro por engano, mesmo sem ter interesse no produto<sup>2</sup>. O valor do prêmio, que era cobrado juntamente com o bilhete de viagem, era de aproximadamente R\$ 19,00. Individualmente, nenhum consumidor ingressaria com ação judicial para obter a restituição da quantia, ainda que não tivesse que arcar com qualquer custo do processo. Apenas o custo de oportunidade<sup>3</sup> de participar da audiência de tentativa de conciliação já seria elevado para o consumidor individual. Ele não se importaria suficientemente com essa lesão para mobilizar recursos em busca de reparação.

Apesar disso, o processo civil coletivo no Brasil e, em certa medida, nos Estados Unidos, parte do pressuposto de que o objetivo a ser alcançado é a restituição das partes ao *status quo* anterior à violação. O art. 100 do Código de Defesa do Consumidor, ao estabelecer a possibilidade de que o proveito econômico do processo seja revertido a um fundo de reparação, e não às pessoas lesadas, o faz como solução subsidiária, a ser adotada apenas em caso de não habilitação de

---

<sup>2</sup> Trata-se da ação civil pública 5429-04.2011.4.01.3813, ajuizada na Subseção Judiciária de Governador Valadares-MG. O juízo federal concedeu a liminar e o pedido ministerial foi julgado procedente em primeiro grau de jurisdição, havendo recurso de apelação pendente no momento em que a presente tese era escrita. Ver referência em <<http://www.prmg.mpf.mp.br/imprensa/noticias/consumidor-e-ordem-economica/mpf-obtem-decisao-que-impede-empresa-aerea-de-enganar-consumidores>>. Acesso em 19.5.15.

<sup>3</sup> Custo de oportunidade é um conceito econômico que sustenta que a definição do custo de qualquer atividade é definido pelo melhor uso alternativo possível dos recursos que nela são empregados. Ver BILAS, Richard A. *Teoria Microeconômica*. 15. ed. Madrid: Alianza Editorial, 1994. Assim, no exemplo do texto, o tempo despendido na audiência provavelmente seria avaliado por um sujeito racional como superior aos R\$ 19,00 em jogo, mesmo que se desconsiderem os custos, pecuniários e não-pecuniários de se contratar um advogado, lidar com a pendência de um processo etc.

liquidantes suficientes, no prazo de um ano após o trânsito em julgado da decisão. Os direitos individuais homogêneos, como estabeleceu firmemente a doutrina, permanecem individuais, sendo apenas tutelados coletivamente<sup>4</sup>.

Essa posição de fidelidade ao ideal abstrato de *restitutio ad integrum* tem vários inconvenientes. Primeiro, o benefício ao Poder Judiciário, obtido com a eliminação da multiplicidade de processos de conhecimento idênticos, será potencialmente eliminado pela distribuição de um grande número de liquidações ou execuções individuais, cuja complexidade pode não ser tão reduzida, dependendo do caso. Esse fato determinou a construção de um entendimento jurisprudencial para permitir que as liquidações e execuções decorrentes de decisões coletivas fossem submetidas a livre distribuição, para que não se colocasse em risco a viabilidade do juízo prolator da sentença, o qual, a rigor, seria preventivo para todos esses novos processos<sup>5</sup>. Segundo, a ideia de individualidade dos direitos gerou divergências relativas à legitimidade de associados<sup>6</sup> e, especialmente, do Ministério Público<sup>7</sup>, para promover a liquidação e execução das condenações. Mais grave ainda, essa noção fez com que se alegasse, ainda que sem sucesso, a possibilidade de reconhecimento da prescrição dos direitos individuais, em hipótese na qual o autor coletivo foi considerado, após vários anos de controvérsia, parte ilegítima para a condução do processo<sup>8</sup>. Finalmente, no aspecto pragmático, se o valor individual subtraído de cada integrante da classe é reduzido, o mais provável é que o número de habilitações seja insignificante, tornando sem sentido tanto as divergências teóricas que sobre esse conceito são construídas, quanto a espera de um ano prevista no CDC.

---

<sup>4</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 41

<sup>5</sup> Ver, por exemplo, no Superior Tribunal de Justiça, EDcl no AgRg no CC 131.642/DF, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 14/05/2014 e AgRg no REsp 1432236/SC, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 13/05/2014.

<sup>6</sup> STJ, AgRg no REsp 1199601/AP, Rel. Min. Sérgio Kukina, j. 17/12/2013.

<sup>7</sup> Ver, no STJ, REsp 869.583/DF, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 05/06/2012.

<sup>8</sup> No fim, o Superior Tribunal de Justiça rejeitou a tese, afirmando que não há inércia dos indivíduos enquanto corre a ação coletiva, no AgRg no AgRg no REsp 1347713/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 28/05/2013. Para uma discussão do problema, ver ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 267-281.



Como percebeu David Rosenberg, essa é uma forma equivocada de se encarar o fenômeno das lesões de massa, no contexto de uma economia de mercado. O problema processual dessas lesões é que os produtores desfrutam de uma “assimetria estrutural” em seu favor, uma vez que lesam os consumidores coletivamente, enquanto estes experimentam a lesão individualmente. O sistema tradicional de adjudicação caso a caso permite aos produtores diluir os custos processuais em centenas ou milhares de processos similares<sup>9</sup>. Logo, para o causador da lesão, sempre existe uma ação coletiva “de fato” quando ele litiga contra um grande número de indivíduos, dada a possibilidade de que ele contrate apenas um escritório de advocacia, invista na produção de provas aplicáveis a todos os casos, na contratação de pareceres jurídicos que serão reproduzidos exaustivamente e na obtenção de precedentes judiciais favoráveis, que poderão ser explorados com mais facilidade do que pela parte contrária. Em uma situação limite, o réu tem possibilidade de entabular acordos judiciais com os credores que tiverem queixas mais fundadas, acobertando-os com cláusulas de sigilo para, a um só tempo, ocultar as situações individualmente mais graves e fazer com que os tribunais decidam primeiramente os casos menos fundados, potencializando a prolação de decisões em favor de sua tese defensiva. Isso significa que o sistema processual, de modo geral, é favorável ao causador de lesões massificadas<sup>10</sup>.

Além disso, mesmo da perspectiva dos autores, que não se beneficiam dos ganhos de escala disponíveis para o réu, o que existe é uma ilusão de controle individual do processo. Em realidade, a lógica econômica fará com que tanto advogados, quanto juízes, promovam uma agregação informal de caso, repetindo petições e decisões, como rotineiramente se percebe nos juizados especiais brasileiros e se debate, há pelo menos uma década nos Estados Unidos<sup>11</sup>. O apego à visão do indivíduo como

---

<sup>9</sup> ROSENBERG, David. Mass Tort Class Actions: What Defendants Have and Plaintiffs Don't. In: *Harvard Journal on Legislation*, vol. 37, 2000, p. 393-431. Ressalte-se que Rosenberg aplica a própria teoria também para a situação de *mass torts*, que serão tratados separadamente, na sequência.

<sup>10</sup> Lahav afirma que boa parte da ira despertada contra as *class actions* se deve exatamente ao fato de que elas reequilibram, no processo, a situação das partes, que era materialmente desigual. LAHAV, Alexandra. Symmetry and class action litigation. In: *UCLA Law Review*, vol. 60, 2013, p. 1494-1522.

<sup>11</sup> ERICHSON, Howard M. Informal aggregation: procedural and ethical implications of coordination among counsel in related lawsuits. In: *Duke Law Journal*, vol. 50, n. 2, 2000, p. 381-471. O autor afirma que “true litigant autonomy may be unattainable in many situations involving multiple related claims”. No mesmo sentido, HENSLER, Deborah R. As times goes by: asbestos litigation after

*dominus litis*, em litígios globais, representa a fidelidade nostálgica a um passado não mais existente<sup>12</sup>. Ele serve apenas para sustentar entendimentos que privam os lesados do processo coletivo, sem lhes atribuir, concretamente, qualquer vantagem contraposta.

O tratamento processual coletivo das violações não constitui, portanto, prejuízo ou vantagem indevida em favor dos lesados, mas apenas medida de equalização de um sistema antes desequilibrado. Como dizem Hay e Rosenberg, a razão mais importante para se aceitar a agregação de demandas, nesse tipo de caso, é nivelar o campo de jogo para que os autores possam desfrutar das economias de escala que o réu sempre teve ao seu dispor<sup>13</sup>. Apenas essa mudança de perspectiva já lança nova luz sobre o processo coletivo em litígios globais simples. Se nenhum dos indivíduos tem interesse pessoal suficiente na lide para sequer cogitar reclamar seu direito individual de participar do processo, o objetivo do processo coletivo não pode ser pautado por essas pessoas ou por sua relação com o direito material violado. Quando se considera que o papel do processo coletivo, nessas hipóteses, é cumprir um objetivo sistêmico – a obtenção da concreta paridade de armas entre autor e réu – sua relação com o direito material também deverá ser sistêmica, ao invés de vinculada à situação pessoal de cada um dos indivíduos lesados.

Craig Jones apresenta essa discussão demonstrando que, mesmo nos Estados Unidos, por ocasião da reforma de 1966 da *Rule 23*, e por muitos anos a seguir, as funções das ações coletivas, em relação ao direito material, eram pensadas em termos de propiciar benefícios aos indivíduos que não tem interesse suficiente para

---

Amchem and Ortiz. In: *Texas Law Review*, vol. 80, 2002, p. 1898-1924 e ISSACHAROFF, Samuel. Shocked: Mass Torts and Aggregate Asbestos Litigation after Amchem and Ortiz In: *Texas Law Review*, vol. 80, n. 7, 2002, p. 1925-1942.

<sup>12</sup> No sentido do texto, afirma Erichson: "As long as the economy features mass marketing, mass employment, mass entertainment, mass transportation, mass production of goods, and mass provision of services, disputes will arise in which a mass of claimants seek relief from a common defendant or set of defendants. Lawyers on both sides naturally handle such matters collectively rather than individually. With or without the judicial imprimatur of class certification, multi- claimant disputes routinely are litigated and resolved on a collective basis. The real question is not whether there will be mass litigation, but whether mass litigation will be subject to formal procedural safeguards or will instead proceed without clearly defined ethical duties or meaningful judicial supervision". ERICHSON, Howard M. Mississippi class actions and the inevitability of mass aggregate litigation. In: *Mississippi College Law Review*, vol. 24, 2005, p. 285-308.

<sup>13</sup> HAY, Bruce; ROSENBERG, David. "Sweetheart" and "blackmail" settlements in class actions: reality and remedy. In: *Notre dame Law Review*, vol. 75, 2000, p. 1377-1408.

ingressar em juízo e, em relação ao Poder Judiciário, a redução do acúmulo de processos<sup>14</sup>. O ganho sistêmico era visto apenas da perspectiva da organização do serviço Judiciário, enquanto todos os demais benefícios circunscreviam-se ao efeito indireto de se viabilizar, coletivamente, demandas que não seriam possíveis individualmente. Mais recentemente, todavia, a doutrina norte-americana começou a perceber o papel fundamental do processo coletivo em evitar a ocorrência de novos ilícitos (*deterrence*), que, conforme introduzido no Brasil por Marinoni<sup>15</sup> e Arenhart<sup>16</sup>, é sempre um objetivo mais elevado do que direcionar o processo apenas para a compensação do ilícito já praticado. Como esclarece Jones, o objetivo maior das normas de responsabilidade civil é reduzir os danos causados à sociedade como um todo pelos atos ilícitos. Na prática, a única forma de se dar à vítima de um evento lesivo a verdadeira *restitutio ad integrum* é criar condições que impeçam o dano de jamais ocorrer<sup>17</sup>.

Aspectos econômicos também direcionam essa conclusão. O causador de um ilícito no mercado teve a possibilidade, antes de sua ocorrência, de raciocinar com os custos que seriam necessários para evitá-lo. As lesões de massa são o resultado de uma avaliação probabilística dos riscos de sua ocorrência em face do custo de sua prevenção<sup>18</sup>. O produtor assumirá o custo da prevenção se a estimativa de seu valor for inferior à dos danos que puder vir a ser obrigado a indenizar, na hipótese deles ocorrerem, adicionado ao custo processual. Como se sabe, poucas pessoas atingidas por um dano recorrem ao Judiciário, especialmente se o custo de oportunidade dessa atuação for elevado. Com isso, em lesões pequenas, como seria o caso de uma infecção alimentar, a maioria delas acaba assumindo o prejuízo com seu próprio patrimônio ou transferindo-o à sociedade, ao utilizar serviços públicos, tais como os de saúde pública. Logo, a sociedade como um todo assume parcela considerável do custo que deveria ter cabido ao produtor, estimulando-o, assim como a todos aqueles que estão em posição equivalente à sua, a manter uma

---

<sup>14</sup> JONES, Craig. *Theory of class actions*. Toronto: Irwin Law Inc., 2003, p. 27.

<sup>15</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória: individual e coletiva*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

<sup>16</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

<sup>17</sup> JONES, Craig. *Theory of class actions*. Toronto: Irwin Law Inc., 2003, p. 32.

<sup>18</sup> FRIED, Charles; ROSENBERG, David. *Making tort law: what should be done and who should do it*. Washington: American Enterprise Institute for Public Policy Research, 2003.

postura de negligência, aumentando o risco de provocar novos danos no futuro<sup>19</sup>. Caso se aceite a premissa fundamental do processo civil contemporâneo, de que o direito de ação inclui o direito de obter a tutela adequada, efetiva e tempestiva do direito material violado, tal como o formula Marinoni, e que a melhor forma de fazê-lo é impedindo que um dano ocorra, será imperativo concluir que o melhor processo é aquele que estimula o réu a não praticar ou, pelo menos, não reiterar, atos lesivos contra a sociedade.

Seria possível argumentar que o excesso de responsabilização dos produtores faria com que eles externalizassem os custos dos acidentes para a própria sociedade, pelo aumento de preços, o que causaria ao mercado consumidor o prejuízo que se pretendia evitar. Todavia, a literatura que vem estudando, nos últimos trinta anos, os acidentes de consumo, nos Estados Unidos, concluiu que os custos dos danos provocados por lesões de massa são superiores ao custo das precauções razoavelmente passíveis de ser adotadas para evitá-los<sup>20</sup>. Sua não adoção decorre da avaliação, pelo produtor, de que as barreiras de acesso à justiça impedirão uma parcela dos consumidores de responsabilizá-lo, gerando resultado positivo para si. Assim, um sistema que não elimina essas barreiras e estimula o produtor a não adotar as cautelas necessárias para evitar os danos, transfere à sociedade um custo maior que o que ela teria que absorver, ainda que o produtor fosse capaz de imputar a ela todas as despesas com as precauções<sup>21</sup>. “Na medida em que demandas legítimas são, por qualquer razão, não apreciadas, um montante desproporcional e desnecessário da riqueza da sociedade é gasto para compensar o dano, em relação ao que seria necessário para evitá-lo”<sup>22</sup>. Por esse motivo, um indivíduo racional, por trás de um véu de ignorância, prestigiaria um sistema processual que encorajasse os

---

<sup>19</sup> Idem, p. 34. Ver também CALABRESI, Guido. *The cost of accidents: a legal and economic analysis*. New Haven: Yale University Press, 1970, e também SHAVELL, Steven. *Economic analysis of accident law*. Cambridge: Harvard University Press, 2007.

<sup>20</sup> JONES, Craig. *Theory of class actions*. Toronto: Irwin Law Inc., 2003, p. 35.

<sup>21</sup> Essa possibilidade é recorrentemente superestimada. O montante de seus custos que o produtor é capaz de repassar aos seus consumidores decorre mais da sua posição de mercado do que do valor dos custos incorridos. Um produtor em posição dominante no mercado poderá repassar custos ao consumidor, do mesmo modo que poderá elevar o preço apenas para aumentar sua margem de lucro. Por outro lado, um produtor que atue em um mercado altamente competitivo será obrigado a cortar custos em outras etapas de produção, ao invés de repassar o custo das medidas de cautela ao consumidor. Em outras palavras, o preço de mercado de um produto é mais sensível ao nível de concorrência existente no mercado do que à variação dos custos de produção.

<sup>22</sup> JONES, Craig. *Theory of class actions*. Toronto: Irwin Law Inc., 2003, p. 35.

agentes de mercado a adotar cautelas preventivas razoáveis no processo produtivo, ao invés de um sistema que privilegiasse mecanismos de reparação das lesões ocorridas, por mais eficientes que fossem.<sup>23</sup>

Assim, o objetivo de um sistema processual coletivo, em hipóteses nas quais não há preferências ou peculiaridades individuais em jogo, não deve ser prestigiar a natureza individual dos direitos lesados, mas sim a tutela da sociedade como um todo, por meio da obtenção de um nível ótimo de desestímulo ao comportamento ilícito<sup>24</sup>. Como diz Rosenberg, “o nível ótimo de desestímulo ao ilícito beneficia a todos os indivíduos, porque reduzir o custo dos acidentes através de precauções razoáveis significa mais riqueza para ser distribuída na sociedade, deixando todos em melhor situação”<sup>25</sup>. Nesse quadro, situações nas quais se verifica a ocorrência de litígios coletivos globais simples, ou seja, aqueles que lesam uma sociedade cujos integrantes não tem razões para se interessar pessoalmente pelo resultado do processo, e cuja providência necessária para a tutela do direito material violado é evidente, demandam um sistema processual coletivo no qual a tutela jurisdicional seja prestada de modo exclusivamente coletivo, sem a possibilidade de ajuizamento de demandas individuais. Isso decorre tanto da ausência de motivos para que o processo individual exista, quanto do fato de que o processo coletivo é o único capaz de obter o benefício social que se espera nesse tipo de caso. É necessário explicitar com mais minúcias esses dois fatores.

Sérgio Curz Arenhart demonstrou que o princípio da demanda vive uma fase de revisão nos países de *civil law*, inclusive em relação ao processo individual. Seus fundamentos originais – a disponibilidade do direito litigioso e a preservação da imparcialidade do juiz – foram relativizados para se permitir que a função

<sup>23</sup> FRIED, Charles; ROSENBERG, David. *Making tort law: what should be done and who should do it*. Washington: American Enterprise Institute for Public Policy Research, 2003, p. 53.

<sup>24</sup> Mauro Cappelletti, embora não subscrevesse os postulados da análise econômica do direito, expôs o problema em termos similares: “O consumidor que tenha sofrido um leve dano por causa de um produto defeituoso ou por um defeito de confecção ou de embalagens do produto adquirido, normalmente não tenha suficiente motivação, informação, força econômica para levar a Juízo o poderoso produtor, o “mass-wrongdoer”; e ainda que o fizesse, o resultado de sua vitória seria irrisório e certamente não teria a eficácia decorrente da representatividade que pudesse impedir o produtor de continuar tranquilamente com suas atividades”. CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. Tradução de Nelson Ribeiro de Campos. In: *Revista de Processo*, vol. 61, 1991, p. 144-166.

<sup>25</sup> ROSENBERG, David. Mass Tort Class Actions: What Defendants Have and Plaintiffs Don't. In: *Harvard Journal on Legislation*, vol. 37, 2000, p. 408.

jurisdicional vá além da observação estática da atividade das partes, permitindo, por exemplo, o conhecimento *ex officio* de questões de ordem pública ou da prescrição e a alteração do ônus da prova<sup>26</sup>. Com base nessa observação, o autor propõe que, em razão do dever de zelar pela rápida solução da lide, o juiz deve “também pensar na melhor forma de abordar as causas que estão sob sua apreciação”<sup>27</sup>. Aliado ao argumento de que não haveria um direito pessoal de acesso aos tribunais na Constituição brasileira, ao contrário da italiana ou da alemã<sup>28</sup>, seria possível sustentar a coletivização obrigatória de demandas, ou mesmo apenas de questões, “seja por ser ela a mais eficiente para a gestão do serviço ‘justiça’, seja porque outra solução para a situação seria impossível, ou, pelo menos, comprometeria a adequada gestão da tramitação processual”<sup>29</sup>.

A conclusão de Arenhart é a mesma que aqui se sustenta, embora por outros fundamentos. A coletivização dos litígios globais simples deve ser obrigatória, não apenas pela inviabilidade prática de solução distinta, mas porque essa é a única forma de se cumprir o objetivo que anima a existência do mecanismo de tutela desses direitos<sup>30</sup>. Além disso, a caracterização do litígio como simples faz com que a pretensão seja de fácil apreensão pelo legitimado coletivo, o que reduz o risco de que ele demande algo que os ausentes não gostariam que fosse requerido. Como disse Yeazeel, “mesmo o mais devoto adepto da escolha individual aceitaria que,

---

<sup>26</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais*: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 178 e ss.

<sup>27</sup> Idem, p. 186.

<sup>28</sup> Idem, p. 200-201. Essa raciocínio acarreta o problema, explicitado no Capítulo 3, de permitir que o legislador institua modalidades de representação dissociadas dos limites que os processualistas estariam dispostos a admitir. Arenhart provavelmente recusaria essa consequência se valendo do princípio da proporcionalidade, que é a base de seu pensamento na obra citada, mas que parece um fundamento excessivamente dúctil tanto para permitir, quanto para limitar a atuação coletiva. Sobre o problema do caráter genérico dos princípios e das dificuldades em sua aplicação, ver ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*: da definição à aplicação de princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2003. Ver também NEVES, Marcelo da Costa Pinto. *Entre Hidra e Hércules*: Princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. Brasília: Editora Unb, 2010.

<sup>29</sup> Idem, p. 200.

<sup>30</sup> Sobre o pequeno significado dos direitos de cada indivíduo, nesses casos, ver RUBENSTEIN, William B. Finality in Class Action Litigation: Lessons from Habeas. In: *New York University Law Review*, vol. 82, n. 3, 2007, p. 790-869.

quando o interesse que está em jogo é puramente financeiro, ele pode ser presumido<sup>31</sup>.

Quando se parte desse novo olhar, torna-se possível analisar o sistema de outro modo. Em verdade, seria preciso imputar ao legislador um inadmissível grau de ingenuidade para que se imagine que a técnica de tutela coletiva das pequenas lesões ao consumidor exista para fazer com que cada um receba de volta os poucos reais ou, eventualmente, centavos que despendeu em razão de uma conduta ilícita do réu. O próprio art. 100 do CDC dá indícios de que o legislador antecipava, ainda em 1990, que o resultado da lide não seria a restituição integral do direito lesado ao seu titular. Mesmo que o indivíduo pretenda a restituição para si, é patente que ele não faria questão de que ela fosse obtida por intermédio de um processo individual. Apenas por absurdo se pode imaginar que um cliente bancário, afetado pelos expurgos inflacionários de planos econômicos implementados há mais de vinte anos, pretenda algo diferente de receber de volta o valor de correção monetária a que faz jus, cujo cálculo independe de qualquer atuação sua. Parafraseando Doug Rendleman, ele quer a restituição, não o devido processo<sup>32</sup>. Logo, o objetivo primário da tutela, nesse tipo de litígio, é impedir que o réu incorpore ao seu patrimônio o proveito que obteve em razão do ilícito, desestimulando, com isso, novas ocorrências de lesões à sociedade e reduzindo o custo social delas decorrente<sup>33</sup>. Apenas secundariamente o processo busca proporcionar ao lesado a reconstituição de seu patrimônio.

Outra situação que exemplifica essa percepção é a da inserção indevida de consumidores em cadastros de inadimplentes. A visão do processo civil, apegada aos postulados tradicionais, fez com que esse ilícito fosse tratado individualmente, acarretando a tramitação de milhares de ações judiciais nos tribunais brasileiros. Todavia, o benefício social, buscado por essas ações, claramente não é a indenização de cada consumidor em um valor, via de regra, irrisório, em decorrência de sua negativação indevida. O que se pretende é evitar que o fornecedor se

---

<sup>31</sup> YEAZELL, Stephen C. *From medieval group litigation to the modern class action*. New Haven: Yale University Press, 1987, p. 253.

<sup>32</sup> RENDLEMAN, Doug. The new due process: rights and remedies. In: *Kentucky Law Journal*, vol. 63, 1975, p. 531-674.

<sup>33</sup> Para uma abordagem interessante do problema do custo social, ver COASE, Ronald. The problem of social cost. In: *The Journal of Law and Economics*, vol. 3, 1960, p. 1-44.

aproprio do lucro de não estruturar um sistema adequado de verificação, comunicação, cadastramento e descadastramento de seus clientes em situação de inadimplência. O processo coletivo dos litígios globais não está a serviço dos indivíduos, até porque, na maioria das hipóteses enquadradas nessa categoria, esses indivíduos, ou boa parte deles, sequer se importam suficientemente com o ilícito para que façam questão da existência da demanda. O processo está a serviço de moldar as atitudes dos sujeitos no mercado e estabelecer os limites admissíveis de condutas socialmente lesivas, para além dos quais exige-se a adoção de cautelas razoáveis<sup>34</sup>.

Logo, a classificação de um litígio como global simples torna irrelevante não apenas a atuação dos indivíduos que concretamente experimentaram a lesão, como também a natureza dos direitos materiais subjacentes. Discutir a legitimidade coletiva da perspectiva das características dos direitos individuais violados, por exemplo, de seu caráter de disponibilidade, como rotineiramente se verifica na doutrina e na jurisprudência, é construir um raciocínio divorciado das finalidades do processo coletivo. É irrelevante determinar se os direitos violados, quando analisados individualmente, são disponíveis ou indisponíveis. O fato de terem sido lesados coletivamente acarreta custos para a sociedade, que serão convertidos em benefícios para o causador da lesão, se não houver técnica processual adequada para sua tutela. O que justifica que as lesões globais sejam tuteladas coletivamente não é o desinteresse dos indivíduos ingressarem em juízo, nem a inviabilidade de atuação do Poder Judiciário, caso isso ocorresse, mas a percepção de que o objetivo social visado nessas hipóteses – impedir que o causador da lesão se

---

<sup>34</sup> Observe-se que, embora o raciocínio do texto possa ser desenvolvido sob a lógica de aplicação de danos punitivos, ele não a demanda necessariamente, quando se trata de processo coletivo. Como o processo, nesse caso, visa a reparar a lesão causada a toda a sociedade, a pretensão é a de que o agente de mercado seja condenado a reparar os danos que potencial ou efetivamente causou à sociedade, ao não adotar cautelas razoáveis para evitar a ocorrência do ilícito. Ao contrário, caso se buscasse atingir esse objetivo por intermédio de processos individuais, inevitavelmente seria necessário que a condenação imposta para além do prejuízo experimentado pessoalmente pelo autor se revestisse de natureza punitiva. A questão dos danos punitivos continua polêmica, mesmo nos Estados Unidos. Ver, por exemplo, SUSTEIN, Cass R. *et al.* *Punitive Damages: How Juries Decide*. Chicago: The University of Chicago Press, 2003; POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. Punitive Damages: an economic analysis. In: *Harvard Law Review*, vol. 111, n. 4, 1998, p. 869-962; HINES, Laura J.; HINES, N. William. Constitutional Constraints on Punitive Damages: Clarity, Consistency, and the Outlier Dilemma. In: *University of Iowa Legal Studies Research Paper*, n. 15-04, 2015; LITWILLER, Lisa. Has the Supreme Court Sounded the Death Knell for Jury Assessed Punitive Damages? A Critical Re-Examination of the American Jury. In: *University of San Francisco Law Review*, vol. 36, 2002, p. 411-471.



apropriar dos benefícios dela decorrentes – não é passível de ser alcançado pela via do processo individual. Ainda que se cogite ser teoricamente possível que todas as vítimas ajuizassem ações individuais buscando a reparação de suas lesões, a sociedade sofreria prejuízo, porque teria que suportar custos processuais mais elevados que os da demanda coletiva, para chegar ao mesmo resultado<sup>35</sup>. O bem-estar geral é prejudicado por essa alternativa que, para além de ser inverossímil, não acarreta qualquer benefício contraposto ao indivíduo, dadas as características de baixa complexidade e conflituosidade do litígio. Conforme ressaltou Ronald Coase, ao se projetar um arranjo social, é preciso atentar para o seu efeito total, já que o exercício de todo direito acarreta custos em outras esferas do sistema. Criar custos processuais, em nome de garantir o direito de litigar individualmente para pessoas que não estão interessadas em fazê-lo, é um arranjo social evidentemente ineficiente<sup>36</sup>.

David Rosenberg sintetiza as razões pelas quais a coletivização compulsória é a única opção para os litígios de massa: a lei deve promover o bem-estar e a utilidade

---

<sup>35</sup> Em 2013, o Poder Judiciário brasileiro operou com orçamento de R\$ 61,6 bilhões e arrecadou apenas R\$ 34 bilhões, o que corresponde a 59,4% de seus gastos. Ainda é preciso ponderar que essa análise é otimista, pois leva em consideração valores que não correspondem própria e necessariamente à atividade jurisdicional, como é o caso da recuperação de tributos pela via da execução fiscal. Quando se leva em conta apenas as custas processuais recolhidas, a arrecadação não superou os de R\$ 11 bilhões, ou 17,8% das despesas. A justiça estadual arrecadou R\$ 10 bilhões, a Justiça do Trabalho, R\$ 361 milhões e a Justiça Federal R\$ 69,5 milhões. Assim, o restante das despesas é custeada pelos impostos arrecadados do contribuinte, faça ele ou não uso do serviço, o que demonstra que o custo social dos arranjos processuais está longe de ser irrelevante. Ver BRASIL. *Justiça em números 2014: ano-base 2013*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2014. Os dados estão em BRASIL. *Justiça em números 2014: ano-base 2013*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2014.

Nos Estados Unidos, Steven Shavell afirma: “What underlies the divergence between private and social incentives to use the legal system? One source of the divergence is the difference between the private and the social costs associated with use of the legal system: the legal costs that an individual party bears generally are less than the full social legal costs, that is, the costs borne by both litigants and by the state itself. This difference clearly creates a tendency toward overuse of the legal system. Specifically, when a person brings suit, he bears only his own legal expenses; he does not take into account that his suit will cause the defendant and possibly the court to incur legal expenses as well; a bias toward excessive suit is thus engendered”. SHAVEL, Steven. The fundamental divergence between the private and the social motive to use the legal system. In: *The Journal of Legal Studies*, vol. 26, 1997, p. 575-612. Citação p. 578.

<sup>36</sup> “...in choosing between social arrangements within the context of which individual decisions are made, we have to bear in mind that a change in the existing system which will lead to an improvement in some decisions may well lead to a worsening of others. Furthermore we have to take into account the costs involved in operating the various social arrangements (whether it be the working of a market or of a government department), as well as the costs involved in moving to a new system. In: devising and choosing between social arrangements we should have regard for the total effect”. COASE, Ronald. The problem of social cost. In: *The Journal of Law and Economics*, vol. 3, 1960, p. 44.

para os indivíduos, por isso, deve minimizar a soma dos custos dos ilícitos praticados em sociedade, que inclui o total dos custos para preveni-los, os danos inevitáveis, os riscos suportados e a administração do sistema legal. Dada essa premissa, a opção da sociedade, por trás de um véu de ignorância, será a de adotar uma solução processual que maximize o desestímulo ao cometimento de ilícitos, ao invés de resguardar preferências pessoais daqueles eventualmente atingidos pelas lesões<sup>37</sup>. A única possibilidade de atingir esse objetivo é pelo processamento coletivo dos danos, que recoloca as vítimas do evento em posição de equilíbrio processual com seu causador, impede que este se aproprie do lucro da lesão, que o estimularia a cometer outros ilícitos e reduz o custo do sistema judiciário. Não se trata, portanto, apenas de reduzir a sobrecarga do sistema à custa dos direitos dos indivíduos, mas, como diz Rosenberg, de fazer justiça aos indivíduos por mecanismos coletivos<sup>38</sup>.

Restaria indagar se um indivíduo deveria ser admitido a litigar separadamente, fora da coletivização obrigatória, na hipótese, por exemplo, de ter um valor financeiro mais elevado a receber que a maioria dos membros da classe, mas decorrente do mesmo ilícito global simples. Imagine-se um poupador que tivesse um alto valor afetado pelos expurgos inflacionários, que poderia preferir litigar individualmente, para permitir que sua ação fosse decidida mais rapidamente. Segundo David Rosenberg, essa possibilidade não deve ser admitida pelo sistema jurídico. Isso porque a coletivização obrigatória é o design sistêmico que acarreta maiores benefícios à sociedade como um todo e, antes da lesão ocorrer, por trás de um véu de ignorância, todos concordariam em adotar a solução que potencialize a minimização dos custos sociais com o ilícito. Não seria adequado permitir que um indivíduo revogue sua opção para exigir, depois que já conhece sua posição no universo de lesados, um sistema que privilegie a reparação individual, à custa do bem-estar geral<sup>39</sup>. A única diferença é que, nessa situação, o juiz deverá se

---

<sup>37</sup> ROSENBERG, David. Mandatory-Litigation Class Action: The Only Option for Mass Tort Cases. In: *Harvard Law Review*, vol. 115, 2002, p. 831-897. É preciso ressaltar que a proposta de Rosenberg para a coletivização compulsória é mais ampla que a apresentada no texto.

<sup>38</sup> ROSENBERG, David. Class actions for Mass Torts: Doing Individual Justice by Collective Means. In: *Indiana Law Journal*, vol. 62, 1987, p. 561-596.

<sup>39</sup> ROSENBERG, David. Mandatory-Litigation Class Action: The Only Option for Mass Tort Cases. In: *Harvard Law Review*, vol. 115, 2002, p. 831-897.

preocupar não apenas com a não apropriação do benefício da prática do ilícito, por parte do réu, como também com a determinação de medidas que assegurem que o indivíduo será efetivamente ressarcido pelo que perdeu. Se a lesão continua a ser uniforme, não se agrega conflituosidade ou complexidade ao litígio, em razão apenas do aumento de seu impacto financeiro em relação a um ou alguns dos membros da classe, não havendo, portanto, motivo para alterar a regra de agregação. A situação seria diferente apenas se, em virtude de ter sido lesado em valores maiores, esse indivíduo fosse colocado em posição antagônica à da classe, o que exigiria sua exclusão ou representação em separado.

É preciso verificar se as premissas da coletivização compulsória de litígios globais simples estão de acordo com as premissas de participação e de representação apresentadas no Capítulo 3. Conforme lá sustentado, a única interpretação coerente do princípio do devido processo legal, constitucionalmente assegurado, é a de que dele deriva o direito de participar do processo em sua acepção instrumental. A participação não existe para assegurar a realização de valores extraprocessuais, como a democracia ou a sensação psicológica de justiça, mas instrumentalmente à obtenção de uma boa decisão judicial. Todos têm direito de participar do processo se sua participação tiver potencial para contribuir com a obtenção de uma decisão mais adequada. No caso dos litígios globais simples, sua baixa complexidade, da qual deriva a pequena gama de opções para a tutela da violação, milita em favor da conclusão de que não há direito constitucionalmente assegurado aos indivíduos de participar do processo, porque sua participação nada acrescentará para a qualidade da decisão. Os indivíduos não têm informações, provas ou posições jurídicas peculiares, que detenham potencial para auxiliar o julgador a conhecer melhor o litígio e, com isso, decidir mais adequadamente. O legitimado coletivo tem totais condições de prover o juízo com os elementos necessários à decisão, sendo irrelevantes quaisquer dados específicos de cada lesado, uma vez que suas pretensões defluem, de modo óbvio, do próprio litígio.

Assim, é lícito concluir que, em caso de litígios consumeristas, o objetivo maior do processo é evitar que o causador da lesão, ou aqueles em posições similares, tenham estímulos racionais para praticar condutas assemelhadas, em virtude da apropriação de seus benefícios. Secundariamente, caso os valores apurados, em

favor de cada indivíduo, mostrem ser economicamente viável o desenvolvimento de um mecanismo para sua restituição aos titulares<sup>40</sup>, o juízo poderá implementá-lo, por exemplo, pela imposição ao réu de obrigação de fazer que atinja tal resultado, independentemente, é certo, de novos processos. Do mesmo modo, em litígios ambientais, relativos ao patrimônio histórico e assemelhados, cujo impacto sobre as pessoas é reduzido, o objetivo principal do processo é evitar que os agentes se sintam estimulados a reiterar a conduta praticada, apropriando-se de seu benefício às custas da sociedade e, eventualmente, criando efeitos cumulativos que poderão acarretar lesões maiores no futuro. Para tanto, o processo busca a condenação dos réus na reparação dos danos causados ou em indenizações, devendo o custo da condenação ser suficiente para tornar antieconômica a não adoção de precauções razoáveis, que evitem a repetição do dano. No caso de ameaça de lesão, a condenação deve ser suficiente para estimular a remoção do ilícito. É improvável que a ampliação da participação processual a outros agentes, além do legitimado coletivo e do réu, contribua para a obtenção de uma decisão de melhor qualidade, motivo pelo qual, em litígios globais simples, o processamento coletivo da lesão deve ser obrigatório e a intervenção de terceiros deve ser reduzida ao mínimo.

Essa conclusão vai de encontro aos princípios da teoria geral dos processos representativos, proposta no Capítulo 3: a titularidade dos direitos representados é definida com clareza, pertencendo a toda a sociedade global (princípio da titularidade definida), exigindo-se que o legitimado coletivo aja no interesse da sociedade como um todo, em busca da criação de um ambiente social que minimize os riscos aos quais as pessoas estão submetidas. Na condição de legitimado pela lei, o autor da ação tem certa margem de liberdade, tanto para o detalhamento desse objetivo geral, quanto para a escolha dos métodos que propiciarão sua realização, mas deve exercer essa liberdade partindo da percepção dos interesses da sociedade, não de uma pauta própria de prioridades ou da imposição, sobre o

---

<sup>40</sup> Conforme demonstrado anteriormente, há casos em que o custo administrativo da restituição pode ser suficiente para esgotar o valor a ser restituído. Nessas situações, o juízo deveria privilegiar a destinação difusa das verbas, no mecanismo que no Brasil ficou conhecido como *fluid recovery*, embora nos Estados Unidos seja mais recorrentemente referido como *cy pres*, em referência à expressão de origem francesa, *cy-près*. Ver BOIES, Wilber H.; KEITH, Latonia Haney. Class action settlement residue and *cy pres* awards: emerging problems and practical solutions. In: *Virginia Journal of Social Policy & the Law*, vol. 21, n. 2, 2014, p. 267-293 e também GOODLANDER, John. *Cy pres settlements: problems associated with the judiciary's role and suggested solutions*. In *Boston College Law Review*, vol. 56, 2015, p. 773-765.

grupo social, de sua concepção de bem. Exige-se a atuação orbital do representante, embora a órbita aqui seja mais longa, dada a não vinculação do interesse objeto do litígio a indivíduos específicos (princípio da atuação orbital do representante).

Esse processo coletivo deve contemplar momentos participativos, mas seu grau de exigência é baixo. A participação se concretizaria com a publicidade das audiências judiciais, nas quais pode ser dada voz a eventuais – e improváveis – interessados que se apresentem espontaneamente, e na realização de uma audiência pública extrajudicial periódica, na qual o legitimado coletivo exponha todos os litígios globais sob sua condução, seja em fase processual ou pré-processual, o estágio atual de processamento e as perspectivas futuras, nos moldes das audiências de prestação de contas já realizadas por diversos órgãos públicos. O legitimado coletivo também é, em certo sentido, assim como o Poder Executivo, um gestor da coisa pública: é um gestor das pretensões processuais públicas, sendo natural que ele preste contas publicamente à sociedade<sup>41</sup> (princípio da complementaridade entre representação e participação). Todavia, a relação entre participação e representação, nessa modalidade de litígios, pende em favor da representação, dada a pouca utilidade instrumental da participação para a solução da lide, o que recomenda que ela fique restrita a ocasiões mais esporádicas, preferencialmente em âmbito extraprocessual. A restrição da participação, nos litígios globais simples, é plenamente justificada pelas características do direito material violado, que pode ser mais efetivamente tutelado de modo coletivo que individual (princípio da variância representativa)<sup>42</sup>.

---

<sup>41</sup> No momento em que a presente tese era escrita, a Procuradoria da República em Campinas-SP estava desenvolvendo um projeto para realizar uma audiência pública anual com esse objetivo. Há várias normas no sentido do texto, que incidem sobre o Poder Executivo. Por exemplo, o art. 9º, § 4º, da Lei Complementar 101/00 determina que “Até o final dos meses de maio, setembro e fevereiro, o Poder Executivo demonstrará e avaliará o cumprimento das metas fiscais de cada quadrimestre, em audiência pública na comissão referida no § 1º do art. 166 da Constituição ou equivalente nas Casas Legislativas estaduais e municipais”. A Lei Complementar 141/12 determina, em seu parágrafo único do art. 31 que “A transparência e a visibilidade serão asseguradas mediante incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, durante o processo de elaboração e discussão do plano de saúde” e, no art. 35, §5º, que “O gestor do SUS apresentará, até o final dos meses de maio, setembro e fevereiro, em audiência pública na Casa Legislativa do respectivo ente da Federação, o Relatório de que trata o caput”.

<sup>42</sup> KALVEN JR., Harry; ROSENFELD, Maurice. The contemporary function of the class suit. In: *The University of Chicago Law Review*, vol. 8, 1940, p. 684-721.

Quanto a coisa julgada, se não há razão para admitir demandas individuais em litígios globais simples, todas as restrições a sua incidência perdem sentido. O objetivo social da tutela desses direitos só é passível de ser alcançado coletivamente, sendo irreal a perspectiva de que indivíduos ingressarão em juízo para demandá-los, ainda mais depois de uma decisão coletiva adversa. A decisão coletiva, nos litígios globais simples, deve ser *pro et contra* e *erga omnes*, solucionando definitivamente a controvérsia. O fantasma da colusão entre autor coletivo e réu, que desde a década de 1980 assombra a doutrina brasileira que estuda a coisa julgada coletiva<sup>43</sup>, embora nunca tenha sido demonstrado empiricamente, pode ser combatido por outros mecanismos mais eficazes, como a atuação ativa do juiz e do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica. O mesmo vale para a celeuma doutrinária acerca dos limites para a celebração de acordos ou compromissos extrajudiciais, pelo legitimado coletivo. Independentemente de se tomar posição sobre o caráter negocial desse tipo de avença<sup>44</sup>, ela será adequada a tutela os direitos materiais violados se a providência acordada for suficiente para impedir a apropriação do benefício decorrente da lesão por seu causador, desestimulando a reiteração de condutas da mesma estirpe, seja pelo agente

<sup>43</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual civil*: terceira série. São Paulo: Editora Saraiva, 1984, p. 180: “O ponto é grave, porque não se pode excluir a hipótese de que se apresse a ir a juízo, antes de qualquer outro, alguém que ponha a causa a perder, por inépcia, por desídia ou mesmo por má-fé, em conluio com o réu”.

<sup>44</sup> A posição tradicional é pela inexistência de caráter negocial, constituindo o compromisso de ajustamento de conduta mera submissão do compromissário à lei. Nesse sentido, LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 323; MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 20. ed. São Paulo: Editora saraiva, 2007, p. 238; GAVROSNKI, Alexandre Amaral. *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 160; SHIMURA, Sérgio. *Tutela coletiva e sua efetividade*. São Paulo: Editora Método, 2006, p. 134, dentre outros. O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 299.400/RJ, rel. Min. Peçanha Martins, rel. p/ o acórdão, Min. Eliana Calmon se aliou à posição tradicional, contrária à possibilidade de transação, afirmando que “ao Ministério Público, efetivamente, é defeso, como legitimado extraordinário, praticar atos que importem em disposição de direito material”. Contra, reconhecendo caráter negocial ao Compromisso de Ajustamento de Conduta e instrumentos assemelhados, com limites variados à atuação do legitimado, FINK, Daniel. Alternativa à ação civil pública ambiental: reflexões sobre as vantagens do termo de ajustamento de conduta. In: MILARÉ, Édis (org.). *Ação Civil Pública*: 15 anos. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 119; MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Ação Civil Pública*: em Defesa do Meio Ambiente, do Patrimônio Cultural e dos Consumidores. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 246; PIZZOL, Patrícia Miranda. *Liquidação nas ações coletivas*. São Paulo: Editora Lejus, 1998, p. 153; NERY, Ana Luiza de Andrade. *Compromisso de ajustamento de conduta*: teoria e análise de casos práticos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 147; VITORELLI, Edilson. *Execução coletiva pecuniária*: uma análise da (não) reparação da coletividade no Brasil. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Orientadora. Professora Dra. Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau. Belo Horizonte, 2011, p. 47.

compromissário ou por outras pessoas em situações análogas. Nesse sentido, a decisão da Corte Especial do Superior Tribunal, que afastou a limitação da eficácia da decisão, no processo coletivo, à competência jurisdicional do órgão prolator, conforme dispõe o art. 16, da Lei da Ação Civil Pública, abre caminho para a resolução global dos litígios coletivos em termos territoriais<sup>45</sup>, o que contribui para a consecução dos objetivos aqui delineados.

A ideia de ampliação dos efeitos da coisa julgada, no contexto dos litígios globais simples, a pessoas que não tiveram oportunidade de participar do processo, é menos problemática do que se imagina, do ponto de vista das garantias constitucionais. Kalven e Rosenfield recordam que não existe vínculo necessário entre participação no processo e coisa julgada, tratando-se de institutos que cumprem funções não vinculadas entre si. Do fato de que alguém participou de um processo, individual ou coletivo, não deriva logicamente a conclusão de que não possa processar novamente. Os autores atribuem esse vício de raciocínio, que leva

---

<sup>45</sup> Trata-se do REsp nº 1.243.887-PR, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJ 12.12.11, que representa a aquiescência do Superior Tribunal de Justiça às críticas praticamente universais que a redação do dispositivo, alterada na década de 1990, atraiu. Afirmou-se no acórdão: "É certo também que a competência territorial limita o exercício da jurisdição e não os efeitos ou a eficácia da sentença, os quais, como é de conhecimento comum, correlacionam-se com os "limites da lide e das questões decididas" (art. 468, CPC) e com as que o poderiam ter sido (art. 474, CPC) - *tantum judicatum, quantum disputatum vel disputari debebat*.

A apontada limitação territorial dos efeitos da sentença não ocorre nem no processo singular, e também, como mais razão, não pode ocorrer no processo coletivo, sob pena de desnaturação desse salutar mecanismo de solução plural das lides.

A prosperar tese contrária, um contrato declarado nulo pela justiça estadual de São Paulo, por exemplo, poderia ser considerado válido no Paraná; a sentença que determina a reintegração de posse de um imóvel que se estende a território de mais de uma unidade federativa (art. 107, CPC) não teria eficácia em relação a parte dele; ou uma sentença de divórcio proferida em Brasília poderia não valer para o judiciário mineiro, de modo que ali as partes pudessem ser consideradas ainda casadas, soluções, todas elas, teratológicas.

A questão principal, portanto, é de alcance objetivo ("o que" se decidiu) e subjetivo (em relação "a quem" se decidiu), mas não de competência territorial.

Pode-se afirmar, com propriedade, que determinada sentença atinge ou não esses ou aqueles sujeitos (alcance subjetivo), ou que atinge ou não essa ou aquela questão fático-jurídica (alcance objetivo), mas é errôneo cogitar-se de sentença cujos efeitos não são verificados, a depender do território analisado. (...)

A antiga jurisprudência do STJ, segundo a qual "a eficácia erga omnes circunscreve-se aos limites da jurisdição do tribunal competente para julgar o recurso ordinário" (REsp 293.407/SP, Quarta Turma, confirmado nos EREsp. n. 293.407/SP, Corte Especial), em hora mais que ansiada pela sociedade e pela comunidade jurídica, deve ser revista para atender ao real e legítimo propósito das ações coletivas, que é viabilizar um comando judicial célere e uniforme - em atenção à extensão do interesse metaindividual objetivado na lide".

A questão, todavia, não está totalmente resolvida. O entendimento supra transcrito foi reiterado pela unanimidade da Terceira Turma do STJ, no julgamento do REsp 1.243.386/RS, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 13.6.12, mas foram admitidos embargos de divergência contra tal decisão, os quais ainda se encontravam pendentes de decisão por ocasião da conclusão deste trabalho.

o jurista a vincular participação e coisa julgada, a uma analogia inconsciente do processo com um jogo de apostas. Contudo, em realidade, a coisa julgada decorre de uma opção do sistema para apaziguar a sociedade, não do fato de a alguém ter sido assegurado maior ou menor grau de participação no instrumento processual em que ocorreu sua formação<sup>46</sup>. A extensão da coisa julgada depende do quão desejável é a pacificação social, não do quão ampla foi a participação dos envolvidos<sup>47</sup>. Por isso, não há qualquer problema em um sistema que permite que o ausente se beneficie do resultado favorável de um processo, sem sofrer os efeitos de eventual improcedência, como também não haveria se o sistema a ele estendesse decisão de caso no qual não teve oportunidade de participar, desde que essa privação tenha ocorrido em seu próprio benefício e seja coerente com as garantias que o sistema lhe outorga.

Em conclusão, nos litígios globais simples, em que não há indivíduos pessoalmente interessados na demanda de modo mais pronunciado e a providência para a tutela jurisdicional adequada do direito material violado é de fácil apreensão, o sistema processual deve determinar, de modo compulsório, o processamento da lesão na via coletiva, que é a única forma de se alcançar o benefício social desejado nesses casos. A baixa complexidade e conflituosidade desses litígios autoriza a restrição da participação individual, em favor da representação de interesses. Isso não desonera o legitimado de atuar de acordo com a percepção que formule acerca dos interesses da sociedade e de lhe prestar contas, periodicamente, em eventos significativos, não necessariamente judiciais. Essa solução tem os benefícios de retirar do Poder Judiciário milhares de ações idênticas, reservando recursos para os demais tipos de

---

<sup>46</sup> KALVEN JR., Harry; ROSENFELD, Maurice. The contemporary function of the class suit. In: *The University of Chicago Law Review*, vol. vol. 8, 1940, p. 711: "But there is no necessary connection between the class suit and res judicata, and it is perfectly proper to permit all to participate in a favorable decree in a class suit even though, had the suit been unsuccessful, they would not have been bound by it".

<sup>47</sup> Os autores se valem do mesmo raciocínio para sustentar a validade da imposição de coisa julgada para o réu e não para os ausentes, em um sistema do tipo *secundum eventum litis*. É impossível se estabelecer uma equiparação entre o réu da ação coletiva e os titulares do direito ausentes. O réu tem a oportunidade de exercício pleno das prerrogativas que lhe são asseguradas pelo devido processo legal para apresentar sua defesa e produzir suas provas. Os titulares do direito terão tido, quando muito, a possibilidade de participar periféricamente e de ter suas razões litigadas pelo autor da ação. Não há simetria entre as duas situações, de modo que não se pode pretender aplicar o resultado decorrente do processo – estabilização da relação pela coisa julgada – com os mesmos contornos. KALVEN JR., Harry; ROSENFELD, Maurice. The contemporary function of the class suit. In: *The University of Chicago Law Review*, vol. vol. 8, 1940, p. 714.



litígios, ao mesmo tempo em que permite que a sociedade se beneficie do desestímulo à reiteração de condutas ilícitas (*optimal deterrence*), sem qualquer ofensa à garantia constitucional da participação instrumental no processo.

#### 6.2.1.1 Técnicas de processamento e julgamento de litígios coletivos globais simples

A principal espécie dos litígios coletivos globais simples são, conforme demonstrado, as lesões de massa, geralmente de baixo valor individual, no contexto do mercado consumidor. O sistema processual brasileiro conta com apenas uma técnica para a resolução coletiva desse tipo de litígio, que é a atuação dos entes intermediários, na forma do microssistema processual coletivo. Fora dessa hipótese, o sistema se preocupou em resolver, de modo massificado, apenas questões de direito, com o propósito primeiro de evitar julgamentos repetitivos pelos tribunais<sup>48</sup>. As técnicas atinentes aos recursos repetitivos, todavia, tem impacto restrito sobre os litígios coletivos, primeiro porque exigem que a controvérsia se instale em uma multiplicidade de processos individuais, para depois ser resolvida pelos tribunais e, segundo, porque não se presta a solucionar questões de fato. É interessante, por essa razão, apresentar algumas técnicas, adotadas nos Estados Unidos, que poderiam ser cogitadas para a solução de litígios coletivos globais simples no Brasil, tanto para abranger questões jurídicas quanto, de modo especial, as questões fáticas.

A primeira e mais conhecida é o Multidistrict Litigation ou MDL. Ele é regulado por poucas disposições legais incluídas no United States Code em 1968<sup>49</sup>, em resposta a um grande número de processos idênticos que chegaram às cortes federais nos anos 60, demonstrando a necessidade de uma técnica que permitisse o gerenciamento de casos (*case management*) em escala nacional<sup>50</sup>. Inicialmente, o Chief Justice Warren indicou um *Coordinating Committee for Multiple Litigation for the*

---

<sup>48</sup> No CPC de 1973, arts. 285-A, 543-B e 543-C. Na Lei 13.105/15, Novo CPC, arts. 1.036-1.041.

<sup>49</sup> 28 U.S.C. § 1407.

<sup>50</sup> HERR, David F. *Multidistrict litigation manual: practice before the judicial panel on multidistrict litigation*. St Paul: West, 2013, p. 9.

*United States*, o qual propôs a criação de um painel de juízes (*judicial panel*), encarregado de, por provocação das partes, de juízes ou mesmo de ofício, transferir a um único juízo a instrução (*pretrial proceedings*) de ações civis envolvendo uma ou mais questões de fato comuns. No início da década de 1990, o MDL ganhou força porque o painel admitiu, pela primeira vez, sua utilização para resolver questões de responsabilidade civil em massa, nos casos do amianto<sup>51</sup>. O painel é composto por 7 juízes federais, indicados pelo presidente da Suprema Corte para nele servir por tempo indeterminado. Em regra, são escolhidos juízes que tiveram experiência em gerenciamento de litígios de massa.

Coube ao próprio painel detalhar o procedimento de seu funcionamento, regulamentando a norma legal que determinou sua criação, por intermédio do estabelecimento das *Panel Rules*<sup>52</sup>. O fundamento da reunião das ações é a verificação de que o procedimento “será conveniente para as partes e testemunhas e promoverá a condução justa e eficiente dos processos”. Há, portanto, duplo objetivo, voltado tanto para a conveniência judicial de evitar instruções repetitivas, quanto para beneficiar as partes, economizando-lhes tempo e dinheiro. É possível transferir também ações ajuizadas após a decisão do painel, que ficaram conhecidas como *tag-along actions*, assim como *class actions*. O pressuposto da transferência, como se observa, é pouco exigente e cabe ao painel escolher o juiz que receberá os processos reunidos (*transferee judge*). Embora o painel atue com elevado grau de discricionariedade, há algumas limitações. Não cabe ao painel qualquer função adjudicativa, estando fora de sua atribuição rever as decisões tanto dos juízos transferentes quanto do destinatário, seja em relação ao mérito ou ao gerenciamento dos processos. Além disso, a transferência incide apenas sobre causas pendentes, não sobre as extintas ou aquelas cujo julgamento já tenha sido iniciado. A transferência só pode incidir sobre casos pendentes em mais de um distrito judicial federal, ou seja, deve envolver processos em andamento perante pelo menos dois juízos federais com competências territoriais distintas. Não é possível consolidar

---

<sup>51</sup> *In re Asbestos Prods. Liab. Litig.*, 771 F. Supp. 415 (1991).

<sup>52</sup> Rules Of Procedure of the United States Judicial Panel on Multidistrict Litigation, 277 F.R.D. 480. A versão atual é de julho de 2011 e, embora tenha havido modificações ao longo de seus 50 anos de vigência, David Herr anota que a semelhança do texto atual com o originário é notável. HERR, David F. *Multidistrict litigation manual: practice before the judicial panel on multidistrict litigation*. St Paul: West, 2013, p. 16.

casos estaduais, nem casos pendentes apenas perante diferentes juízos de mesma competência territorial<sup>53</sup>. Finalmente, a transferência deve incidir sobre a totalidade da instrução de cada processo, não apenas sobre determinadas questões nele contidas.

Ao iniciar o procedimento para transferir as ações, cabe ao painel a notificação de todas as partes cujos processos poderão ser abrangidos pela medida, as quais poderão participar de audiência destinada a sua deliberação. Salvo raras exceções, as decisões do painel, favoráveis ou contrárias à transferência dos processos, são irrecorríveis. As estatísticas de atuação do órgão impressionam. Apenas em 2014, o painel atuou em 53.103 ações e determinou a transferência de 6.120 casos pendentes em 90 juízos distintos. Desde 1968, o painel já determinou a reunião de 515.594 casos<sup>54</sup>.

Decidida a transferência das causas, cabe ao juiz destinatário a maior responsabilidade pelo sucesso da medida. Segundo o *Pocket Guide for Transferee Judges*, três fatores são cruciais para a resolução eficiente de qualquer MDL: que o juízo exerça supervisão tempestiva e efetiva do procedimento, que os advogados ajam cooperativa e profissionalmente e que o juiz e os advogados colaborem para desenvolver e executar um plano abrangente de atuação<sup>55</sup>. Para tanto, é essencial que seja escolhido pelo juiz um ou alguns advogados para exercer o papel de líderes entre os responsáveis pelos diversos processos, aos quais caberá a coordenação com os demais, por exemplo, para definir a participação de cada na instrução e no rateio dos respectivos custos. Essa relação nem sempre é harmoniosa, seja por razões processuais ou financeiras, cabendo ao juiz a decisão de seus conflitos. O *Pocket Guide* recomenda que o juiz crie um website público, com o objetivo de disponibilizar todas as informações sobre o andamento do MDL, assegurando sua transparência para as partes e advogados ausentes<sup>56</sup>. Além dos

---

<sup>53</sup> HERR, David F. *Multidistrict litigation manual: practice before the judicial panel on multidistrict litigation*. St Paul: West, 2013, p. 28-34.

<sup>54</sup> Informação disponível em <<http://www.uscourts.gov/statistics-reports/judicial-panel-multidistrict-litigation-judicial-business-2014>>. Acesso em 30.05.15.

<sup>55</sup> ROTHSTEIN, Barbara J.; BORDEN, Catherine R. *Managing Multidistrict Litigation in Products Liability Cases: a Pocket Guide for Transferee Judges*. Washington: Federal Judicial Center, 2011, p. 1.

<sup>56</sup> Idem, p. 8.

problemas da multiplicidade de partes e de advogados, o juiz ainda precisa lidar com a complexidade do procedimento e a possibilidade de que as causas reunidas estejam sujeitas a normas de direito material distintas, em razão da predominância da legislação estadual no país<sup>57</sup>. De todo modo, os casos não são consolidados automaticamente, o que deixa ao juiz ampla possibilidade de gerenciamento, com a criação de subgrupos, por exemplo<sup>58</sup>.

Teoricamente, o papel do juiz destinatário seria o de conduzir a instrução dos processos até sua conclusão, devolvendo os autos, então, aos seus juízos de origem, para os procedimentos de julgamento. Em 1998, a Suprema Corte julgou o caso *Lexecon Inc. v. Milberg Weiss*<sup>59</sup>, confirmando que não cabe ao juiz destinatário dos processos transferidos a decisão de mérito. De todo modo, isso não esvazia o MDL, já que as vantagens de se aproveitar a instrução para uma multiplicidade de casos são manifestas. Todavia, construiu-se o entendimento de que é possível que as partes abram mão da regra de *Lexecon*, aceitando a jurisdição do juízo destinatário também para julgamento<sup>60</sup>. Isso ocorre porque, com o andamento da instrução, as partes adquirem confiança no juiz e no seu conhecimento dos fatos. Assim, é possível que o juízo destinatário efetivamente decida os processos pendentes, indo além da utilidade original do instituto.

O mais comum, na realidade, é que o juízo destinatário não julgue todos os casos, mas apenas alguns, escolhidos de comum acordo com as partes, com o objetivo de estabelecer o valor de possíveis condenações e, assim, pautar as negociações de um acordo geral. Essa situação contribui consideravelmente para a eficácia do MDL, porque o juízo destinatário tem competência para supervisionar e aprovar acordos, inclusive em relação às *class actions* agrupadas. Como a maioria dos processos, nos Estados Unidos, termina em acordo, esse poder significa que, na prática, os

---

<sup>57</sup> Para uma lista das dificuldades às quais um *transferee judge* está sujeito, ver MCDERMOTT, John T. The transferee judge: the unsung hero of multidistrict litigation. In: *Montana Law Review*, vol. 35, 1974, p. 15.37.

<sup>58</sup> "Transferred cases are not automatically consolidated in your court. Each case remains a separate action and may be managed separately. One of your first tasks is to determine the appropriate level of consolidation or coordination". ROTHSTEIN, Barbara J.; BORDEN, Catherine R. Managing Multidistrict Litigation in Products Liability Cases: a Pocket Guide for Transferee Judges. Washington: Federal Judicial Center, 2011, p. 3.

<sup>59</sup> 523 U.S. 26 (1998).

<sup>60</sup> Essa situação é conhecida como *Lexecon waivers*.

processos dificilmente retornarão aos juízos de origem<sup>61</sup>. Até o final de 2014, dos 515.594 processos transferidos via MDL, desde 1968, 373.581 foram encerrados no juízo destinatário e 127.704 ainda estavam pendentes. Apenas 13.911 processos, em todo o período, foram devolvidos aos juízos de origem para julgamento, ou seja, menos de 3% do total<sup>62</sup>.

A virtude resolutiva do MDL, para além de sua configuração original, é também fonte de crítica. Para Mullenix, técnicas de agregação, fora da *Rule 23*, são criticáveis da perspectiva do devido processo<sup>63</sup>, permitindo negociações duvidosas, acobertadas pelo manto da legitimidade judicial, mas liberadas das salvaguardas fornecidas pela regulamentação das *class actions*<sup>64</sup>. Não existe escrutínio da adequação de representação do advogado líder do MDL. Não há *fairness hearing* e é cabível a imposição de cláusulas de sigilo, que blindam os acordos da crítica pública e acadêmica. No acordo relativo ao MDL das lesões causadas pelo medicamento Vioxx, por exemplo, os advogados signatários se comprometeram a recomendar a adesão à proposta a todos os seus clientes, independentemente de suas situações pessoais. Apenas em um segundo momento a disposição foi reinterpretada para incluir apenas os clientes para os quais a solução fosse considerada vantajosa<sup>65</sup>.

Outra técnica de resolução conjunta de demandas consiste nos chamados *bellwether cases*, ou causas-piloto<sup>66</sup>, que guardam similaridade com os *non-binding trial runs*, ou julgamentos não vinculantes. Em ambos os mecanismos, que são aplicados tanto em MDLs quanto por juízos que se veem diante de uma sucessão de casos idênticos, o objetivo é dar às partes uma noção aproximada do valor de seus

<sup>61</sup> Não apenas a maioria dos processos, nos Estados Unidos, termina em acordo, como o índice de julgamentos declinou perceptivelmente nas últimas décadas. Ver RESNIK, Judith. Courts: in and out of sight, site and cite. In: *Villanova Law Review*, vol. 53, 2008, p. 771-810.

<sup>62</sup> Informação disponível em <<http://www.uscourts.gov/statistics-reports/judicial-panel-multidistrict-litigation-judicial-business-2014>>. Acesso em 30.05.15.

<sup>63</sup> A crítica do problema de legitimação democrática nas *class actions*, retomado por Mullenix, é de REDISH, Martin. *Wholesale Justice: Constitutional Democracy and the Problem of the Class Action Lawsuit*. Stanford: Stanford Law Books, 2009.

<sup>64</sup> MULLENIX, Linda. Aggregate litigation and the death of democratic dispute resolution. In: *Northwestern University Law Review*, vol. 107, 2013, p. 511-564.

<sup>65</sup> BURCH, Elizabeth Chamblee. Litigating groups. In: *Alabama Law Review*, vol. 61, n. 1, 2009, p. 1-59.

<sup>66</sup> A palavra *bellwether* não tem tradução literal para o português. É uma referência à ovelha que caminha à frente do rebanho e usa um sino para auxiliar na sua localização.

direitos e, com isso, potencializar a celebração de acordos. Como diz Shermann, a ideia é proporcionar um “teste de realidade” para os envolvidos, quanto ao potencial de suas queixas<sup>67</sup>. A modalidade de julgamentos não vinculantes envolve a avaliação do litígio por terceiros imparciais, como um advogado ou árbitro, sem que haja um julgamento real. Já a técnica de *bellwether trials* é realizada pela paralização das causas repetitivas, com processamento de apenas uma ou algumas delas, que, uma vez decididas, poderão orientar as partes em relação ao provável futuro das demais. Não se trata de resolver apenas as questões comuns a todos os processos, tal como na *Musterverfahren* alemã<sup>68</sup>, na *Group Litigation Order*<sup>69</sup> inglesa, mas de julgar completamente alguns casos para permitir que as partes, conhecendo o valor provável das condenações, tenham mais facilidade em negociar acordos<sup>70</sup>. A jurisprudência americana aceita que as partes acordem que o resultado do *bellwether trial* seja automaticamente estendido para todas as demais causas pendentes, mas isso não é comum<sup>71</sup>. A ideia é mesmo que, dimensionado o possível ganho ou perda decorrente de cada processo, as partes se convençam de que o acordo é a melhor alternativa<sup>72</sup>.

---

<sup>67</sup> SHERMAN, Edward F. Segmenting Aggregate Litigation: Initiatives and Impediments for Reshaping the Trial Process. In: *The Review of Litigation*, vol. 24, n. 4, 2006, p. 691-718.

<sup>68</sup> Ver CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. In: *Revista de Processo*, vol. 231, 2014, p. 201 e ss.

<sup>69</sup> O modelo da GLO não é abordado aqui em detalhes porque não se amolda ao propósito do presente tópico. A GLO é um regime utilizado na Inglaterra para gerenciar processos com questões comuns, mas ela opera em regime de *opt-in*, ou seja, o advogado de cada processo tem que se apresentar e fazer o registro do caso no *group register*. Ver MULLERON, Rachel. *The class action in common law legal systems: a comparative perspective*. Oxford: Hart Publishing, 2004, p. 99. Para uma visão geral do sistema inglês, ver HODGES, Christopher. *Multi-party actions*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

<sup>70</sup> O novo CPC, Lei 13.105/15, ao estabelecer como princípio geral a ideia de que os processos devem ser julgados cronologicamente (art. 12), caminha, em princípio, na contramão dessa técnica. Todavia, literalmente, a exigência do novo diploma se restringe à prolação da sentença ou acórdão, de modo que não seria contrário ao texto da lei se um juiz priorizasse a instrução de apenas algumas causas, deixando-as prontas para julgamento antes das demais.

<sup>71</sup> SHERMAN, Edward F. Segmenting Aggregate Litigation: Initiatives and Impediments for Reshaping the Trial Process. In: *The Review of Litigation*, vol. 24, n. 4, 2006, p. 697.

<sup>72</sup> A Justiça Federal em Campinas adotou estratégia que pode ser reputada análoga para lidar com as ações de desapropriação decorrentes da ampliação do aeroporto de Viracopos. Antes dos processos serem iniciados, a Justiça constituiu uma comissão de peritos avaliadores para elaborar um “metalaudo” de avaliação, que embasaria a elaboração dos laudos nos processos individuais. Esse documento, além de reduzir o custo total das perícias, permitia que se antecipasse o valor de avaliação dos imóveis, facilitando a conciliação, em muitos casos, mesmo sem a necessidade de perícia.

A técnica de *bellwether trials* foi aplicada no já referido MDL relativo ao medicamento Vioxx, droga acusada de aumentar o risco de doenças cardiovasculares. O juiz Fallon selecionou seis entre os 4 mil processos pendentes, em comum acordo com as partes, priorizando hipóteses que tivessem características diferentes entre si, como o tempo de uso da droga, a idade do paciente e a lesão alegada<sup>73</sup>. Após esse julgamento, somado a outros, em juízos estaduais, a fabricante do medicamento fez um acordo para criar um fundo de aproximadamente US\$ 4,85 bilhões para indenizar mais de 35 mil consumidores<sup>74</sup>, além de outros acordos paralelos, em processos específicos.

Outra técnica adotada nos Estados Unidos para lidar coletivamente com a multiplicidade de demandas idênticas é o julgamento estatístico ou por extrapolação. O juiz Robert Parker conduziu a utilização mais citada desse mecanismo, para resolver 2.298 processos relativos a contaminação por amianto. O princípio é o de que decisões judiciais, assim como qualquer situação da vida, podem ser extrapoladas estatisticamente, desde que se tenha uma amostra razoável. Em *Cimino v. Raymark Industries, Inc*<sup>75</sup> o juiz Parker decidiu 160 desses casos, selecionados aleatoriamente e divididos em cinco categorias, de acordo com a gravidade das consequências sofridas pelas vítimas. A partir das decisões, foram extraídas condenações médias para cada uma das categorias, nas quais todos os demais casos foram enquadrados, sendo-lhes atribuídas as indenizações correspondentes ao respectivo posicionamento<sup>76</sup>. Apesar do caso ter gerado intensa produção acadêmica<sup>77</sup> e ter sido acompanhado por um professor de estatística, que

---

<sup>73</sup> Idem, p. 698.

<sup>74</sup> O acordo está disponível em <<http://www.vioxxsettlement.com>>. O caso se delongou por quase uma década, nos Estados Unidos, Austrália e outros países, em grande medida porque as evidências científicas sobre os efeitos colaterais alegados não são unânimes. A empresa fabricante do medicamento venceu várias ações antes do acordo ser celebrado e nunca admitiu culpa pelo evento.

<sup>75</sup> 751 F. Supp. 649 (E.D. Tex. 1990).

<sup>76</sup> SHERMAN, Edward F. Segmenting Aggregate Litigation: Initiatives and Impediments for Reshaping the Trial Process. In: *The Review of Litigation*, vol. 24, n. 4, 2006, p. 699. Ian Ayres aponta que uma limitação da técnica de resolução por intermédio de estatísticas é que as provas que acarretam o enquadramento da vítima em uma das categorias devem ser baratas para produzir, mas caras para falsificar. Se forem caras para produzir, o empreendimento de estabelecer o *grid* de compensação não será justificável. Se forem baratas para falsificar, a existência do *grid* pode atrair queixas infundadas ou artificialmente elevadas. AYRES, Ian. Optimal pooling in claims resolution facilities. In: *Law and Contemporary Problems*, vol. 54, n. 4, 1990, p. 159-174.

<sup>77</sup> Ver, por exemplo, BONE, Robert. Statistical Adjudication: Rights, Justice and Utility in a World of Process Scarcity. In: *Vanderbilt Law Review*, vol. 46, 1993, p. 561-663. BARTON, R. Joseph. Utilizing

atuou como perito, o 5º Circuito de Apelações rejeitou a aplicação do método<sup>78</sup>. Isso não significa, todavia, que o uso de ferramentas estatísticas a esteja fora de questão nos Estados Unidos. O 8º Circuito de Apelações, em *Tyson Foods v. Bouaphakeo*, aceitou a utilização de métodos estatísticos para demonstrar a prática de ilícitos trabalhistas<sup>79</sup>.

Além disso, há variadas propostas para utilização de métodos matemáticos em substituição à total instrução processual, como a de Abraham e Robinson, que sustentam a ideia de que o autor de uma causa repetitiva deveria receber uma indenização equivalente à média de todos os acordos e decisões passadas, relativos a casos similares ao seu, similaridade esta definida a partir de critérios estatísticos<sup>80</sup>. Há autores que afirmam que a adjudicação de casos repetitivos por estatística é hábil não apenas a reduzir imensamente os custos processuais, como também a produzir decisões mais justas que julgamentos individuais<sup>81</sup>. Se a decisão por estatística pode parecer a alguns aleatória, é preciso perceber que, em um mundo de oportunidades processuais escassas, ou seja, em que não há como garantir que todos que têm uma ação meritória conseguirão que ela seja julgada em tempo hábil para obter a compensação adequada, já existe um risco estatístico a que todos os demandantes estão sujeitos. A única diferença é que, no esquema tradicional, alguns obterão a tutela tempestiva e outros suportarão integralmente os ônus do sistema, que não tem capacidade para o atendimento total da demanda. A

---

Statistics and Bellwether Trials in Mass Torts: What do the Constitution and Federal Rules of Civil Procedure Permit? In: *William and Mary Bill of Rights Journal*, vol. 8, n. 1, 1999, p. 199-240.

<sup>78</sup> *Cimino v. Raymark Industries, Inc.*, 151 F.3d 297 (5th Cir. 1998). Para um comentário à decisão do 5º Circuito, ver MULLENIX, Linda. *Complex Litigation*: 5th Circuit Rejects Trial Plan for Asbestos Class (1998). Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=2281895>>. Acesso em 25.11.14.

<sup>79</sup> Case no. 12-3753 (8<sup>th</sup> Cir.). Em junho de 2015, a Suprema Corte admitiu recurso no caso, exatamente com o objetivo de debater se as diferenças de situações individuais dos membros de uma classe podem ser ignoradas em uma *class action* na qual a responsabilidade e o dano sejam definidos estatisticamente, presumindo-se que o dano sofrido por cada um é equivalente à média observada na amostra. O caso ainda não havia sido julgado quando da conclusão desta tese.

<sup>80</sup> ABRAHAM, Kenneth; ROBINSON, Glen. Collective justice in tort law. In: *Virginia Law Review*, vol. 78, n. 7, 1992, p. 1481-1519.

<sup>81</sup> SAKS, Michael J.; BLANCK, Peter D. Justice Improved: The Unrecognized Benefits of Aggregation and Sampling in the Trial of Mass Torts. In: *Stanford Law Review*, vol. 44, 1992, p. 815-852; CHENG, Edward K. When 10 trials are better than 1000: an evidentiary perspective on trial sampling. In: *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 160, 2012, p. 955-965; ROSENBERG, David; Hay, Bruce. The Individual Justice of Averaging. In: *The Harvard John M. Olin Discussion Paper Series*, 2000.



adjudicação estatística apenas distribuiria esse ônus, hoje concentrado em alguns litigantes “azarados”, entre todos os envolvidos<sup>82</sup>.

Finalmente, em casos em que a responsabilidade do causador do dano é inequívoca, os Estados Unidos vêm adotando a técnica, já mencionada no Capítulo 4, de criação de fundos extrajudiciais, sob responsabilidade de um administrador imparcial, a quem os lesados podem apresentar suas queixas, independentemente de intervenção judicial<sup>83</sup>. Assim se fez, nos últimos anos, com o fundo criado pelo Congresso americano para reparar as lesões decorrentes dos atentados terroristas de 11 de setembro de 2001 e com o fundo criado em virtude do derramamento de petróleo no Golfo do México, em 2010. Como se observa, não se trata de uma técnica aplicada para reparar pequenas lesões, mas sim para retirar do Poder Judiciário a gestão da compensação de certos eventos catastróficos.

Embora sejam rotineiramente referidos em conjunto, até mesmo por terem o mesmo gestor, Kenneth Feinberg, esses fundos são bastante diversos. No primeiro caso, o fundo foi concebido pelo Congresso, por via legislativa, como algo excepcional, para lidar com um evento claramente atípico, sendo considerado pela maioria dos acadêmicos como inepto a servir de exemplo para outros casos<sup>84</sup>. Entretanto, em 2010, o presidente Barak Obama e a empresa British Petroleum recriaram o modelo, sem aprovação legislativa, para o Golfo do México, apenas com “um aperto de mãos”<sup>85</sup>. Na visão de Mullenix, o novo fundo representa uma extensão ilegal da experiência anterior, não submetido à supervisão do Congresso, como no caso do 11 de setembro, nem ao escrutínio judicial, como ocorreria em uma *class action*<sup>86</sup>.

---

<sup>82</sup> BONE, Robert. Statistical Adjudication: Rights, Justice and Utility in a World of Process Scarcity. In: *Vanderbilt Law Review*, vol. 46, 1993, p. 561-663.

<sup>83</sup> V. supra, item 4.2.

<sup>84</sup> ACKERMAN, Robert M. The September 11th victim compensation fund: an effective administrative response to national tragedy. In: *Harvard Negotiation Law Review*, vol. 10, 2005, p. 135-229. Ver também RABIN, Robert L. The September 11th victim compensation fund: a circumscribed response or an auspicious model? In: *DePaul Law Review*, vol. 53, 2003, p. 796-803.

<sup>85</sup> MULLENIX, Linda. Aggregate litigation and the death of democratic dispute resolution. In: *Northwestern University Law Review*, vol. 107, 2013, p. 550.

<sup>86</sup> MULLENIX, Linda. Prometheus Unbound: The Gulf Coast Claims Facility as a Means for Resolving Mass Tort Claims—A Fund Too Far. In: *Louisiana Law Review*, vol. 71, 2011, p. 819-916. A conclusão da autora é a seguinte: “As other mass torts have taught us, BP will survive and prosper in the wake of the Deepwater Horizon disaster, as will Ken Feinberg. Feinberg will continue, in the future, to administer new disaster funds as the need arises and be lauded for his heroic efforts in administering these massive funds. However, with the GCCF, the precedent has now been set for corporate

De fato, ao contrário do fundo criado por ocasião dos atentados, que encerrou rapidamente suas atividades, o fundo para o Golfo gerou diversas polêmicas e foi substituído, em junho de 2012, por um mecanismo de compensação judicialmente supervisionado<sup>87</sup>. Até o início de 2015, estimava-se que a British Petroleum já havia pago, entre compensações coletivas e individuais, US\$ 37,1 bilhões<sup>88</sup>, sem que o litígio estivesse encerrado.

Ao final, é preciso ressaltar que as técnicas apresentadas são adotadas, em seu país de origem, em casos mais amplos que os litígios globais simples, como os *mass torts*, que aqui se caracterizam como litígios locais, ou litígios irradiados, dependendo das circunstâncias, ambos inerentemente complexos. A pretensão de adaptar as técnicas à realidade brasileira apenas para os litígios globais reduz, em considerável medida, as críticas que elas recebem em seu contexto originário, em situações envolvendo danos e interesses individuais substanciais. Caso essas técnicas fossem aplicadas apenas para reparar lesões em relação às quais os titulares dos direitos violados não tivessem especial interesse, a polêmica seria seguramente menor. Elas têm potencial para evitar que o proveito do ilícito seja apropriado por seu perpetrador sem, ao mesmo tempo, implicar os problemas representativos verificados com seu uso em casos nos quais os danos individuais são substanciais, os quais serão analisados a seguir.

## 6.2.2 O processo nos litígios coletivos globais complexos

A situação dos litígios globais complexos merece apreciação apartada dos simples. É possível que o litígio seja global, ou seja, que atinja, do mesmo modo, a um grupo amplo de indivíduos e, ao mesmo tempo, a ninguém em especial, mas que a

---

malefactors who are caught up in the maelstrom of massive liability to discharge their legal responsibilities on their own terms and favorable to their own interests”(p. 916).

<sup>87</sup> Disponível em <<http://www.deepwaterhorizonsettlements.com>>. Em junho de 2015, o site ainda informava prazos para a habilitação de lesados, de modo que o problema ainda não estava encerrado, quando da finalização desta tese.

<sup>88</sup> Conforme noticiado em <[http://www.nola.com/business/index.ssf/2015/04/feinberg\\_b\\_p\\_oil\\_spill\\_fund.html](http://www.nola.com/business/index.ssf/2015/04/feinberg_b_p_oil_spill_fund.html)>. Acesso em 1º de junho de 2015.

providência para a tutela do direito material violado não seja de fácil apreensão. Isso pode decorrer, por exemplo, de dúvida científica em relação à efetividade de várias soluções disponíveis, ou de dificuldade na definição da relação de custo-benefício entre as opções<sup>89</sup>. Trata-se de um problema recorrente em litígios ambientais. Uma contaminação do solo por produtos poluentes pode ser tratada por intermédio de várias técnicas, dependendo das peculiaridades da situação. Entretanto, também é possível que, se a poluição não tem potencial para se espalhar, a melhor solução, em termos de custo-benefício, seja apenas alterar a destinação do terreno, excluindo usos residenciais. Ao invés de se exigir que o poluidor repare um dano que não é sentido pela sociedade, pode ser mais interessante condená-lo a aplicar os recursos que seriam utilizados nessa atividade em compensação ambiental diversa, com maior potencial de retorno ecológico, ao mesmo tempo em que se estimula a adoção de cautelas razoáveis para prevenir eventos futuros<sup>90</sup>. Nesse sentido, alguns autores vêm apontando a necessidade de se relativizar a noção de que o dano ambiental tem sempre que ser reparado *in natura*, percebendo que a recomposição ambiental, embora tecnicamente viável, pode não ser interessante, em razão de seu elevado custo, contraposto ao pequeno benefício dela decorrente para a sociedade<sup>91</sup>. Isso não significa permitir que o poluidor incorpore ao seu

---

<sup>89</sup> Alexandre Amaral Gavronski observou esse problema, denominando-o como característica da “acentuada interdisciplinaridade” da tutela coletiva. GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva: a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 216.

<sup>90</sup> Essa foi a percepção da Companhia Ambiental do Estado de São Paulo, em relação à contaminação do solo por resíduos de combustível em um pátio ferroviário desativado, no Município de Campinas. Como o custo da limpeza do solo seria muito elevado, a Companhia considerou que o mais adequado seria monitorar a mancha de óleo para verificar se havia risco de contaminação do lençol freático. Como esse não pareceu ser o caso, a entidade entendeu que a limpeza do solo não seria providência adequada, mas sim a reabilitação da área apenas para usos comerciais e industriais, que já seriam a vocação natural da localidade. A mancha de óleo permaneceria no solo indefinidamente.

<sup>91</sup> No sentido do texto, valendo-se do princípio da proporcionalidade, STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Responsabilidade civil ambiental: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 248 e ss. Ver também CANOTILHO, José Joaquim Gomes. A responsabilidade por danos ambientais: aproximação juspublicista. In: AMARAL, Diogo Freitas. *Direito do ambiente*. Oeiras: INA, 1994, p. 397 e ss. Contra, afirmando que “A reparação do dano, com tentativa de restabelecimento da situação anterior, é sempre preferencial, não podendo ser substituída pela indenização. A dificuldade encontrada para tanto não é obstáculo para a sua busca: difícil reparação não equivale à impossível reparação. A conversão em numerário, que deverá ser destinado ao fundo estadual, é a última opção na hipótese referida”. MARQUES, José Roberto. *Reparação do dano ambiental: necessidade de adequação do dimensionamento do Pedido formulado em ação civil Pública*. In: *MPMG Jurídico Edição Especial Meio Ambiente*, 2011, p. 8-9.

patrimônio o benefício pelo dano causado, mas apenas que se deve verificar a forma mais eficiente de aplicar os recursos aportados em virtude da condenação.

Ocorre que decidir quando um dano ambiental deve ou não ser reparado *in natura*, mesmo que não interesse diretamente a qualquer pessoa, não é uma tarefa tecnicamente simples, sendo provável que haja divergências fundadas acerca da solução mais adequada em cada caso. Além disso, na hipótese de se decidir pela recomposição *in natura*, é possível que existam outras discordâncias acerca da melhor providência técnica para se chegar ao resultado. Se, ao revés, a decisão for pela compensação em pecúnia, a definição do valor a ser pago em razão do dano é tarefa das mais tormentosas. No caso do derramamento de óleo no porto de Santos, citado no Capítulo 2, uma das maiores dificuldades foi a elaboração de um critério para a valoração monetária dos danos ambientais, em razão da inviabilidade de recolhimento dos produtos derramados<sup>92</sup>. Vários órgãos ambientais brasileiros desenvolveram modelos próprios de valoração econômica de danos ambientais, que chegam a resultados distintos, sem que se possa afirmar a maior adequação de um deles. Há também critérios para cálculo de danos ao patrimônio histórico e a outros valores decorrentes de direitos de natureza global<sup>93</sup>.

Nesses termos, mesmo que o litígio global não atraia conflituosidade, eis que não há dúvida de que os membros da sociedade querem a reparação do dano causado ou a remoção do ilícito praticado, ele pode ser complexo, no sentido de que a providência para se tutelar o direito da sociedade não é facilmente perceptível. Não se trata de uma lógica dual de legalidade-ilegalidade, mas da existência de múltiplas soluções que poderiam dar tutela jurisdicional adequada ao direito material violado. Como diz

---

<sup>92</sup> Ver STEIGLEDER, Annelise Monteiro. Valoração de danos ambientais irreversíveis. In: *MPMG Jurídico Edição Especial Meio Ambiente*, 2011, p. 24-30.

<sup>93</sup> Expondo 4 métodos que chegam a resultados diferentes, ver KASKANTAZIS NETO, Georges. Desempenho de modelos de valoração econômica de danos ambientais decorrentes da contaminação do solo: CATES, VCP, HEA, DEPRN. In: *MPMG Jurídico Edição Especial Meio Ambiente*, 2011, p. 31-37. A mesma publicação apresenta, na sequência, métodos para valoração de danos a bens culturais materiais: MIRANDA, Marcos Paulo de Souza; NOVAIS, Andréa Lanna Mendes. Metodologias de valoração econômica de danos a bens culturais materiais utilizadas pela Promotoria Estadual de Defesa do Patrimônio Cultural e Turístico de Minas Gerais. In: *MPMG Jurídico Edição Especial Meio Ambiente*, 2011, p. 38-49.

Gavronski, “as respostas binômicas típicas do direito (lícito/ilícito, válido/inválido, conforme/desconforme com o direito) às vezes são insuficientes”<sup>94</sup>.

No paradigma representativo adotado na presente tese, essa característica faz com que com que a liberdade do legitimado coletivo sofra restrições. Ele não pode, isoladamente, escolher o critério que julgar mais adequado para pleitear a reparação e submetê-lo ao juízo, sem pelo menos considerar outras possibilidades igualmente razoáveis. Em situações como essa, é ônus do representante demonstrar aos titulares do direito as razões pelas quais optou por demandar uma ou outra solução – reparação *in natura* ou compensação em pecúnia – bem como os motivos pelos quais prestigiou uma técnica de reparação sobre outra, ou uma metodologia de cálculo do valor do dano sobre outra. Embora não haja, tal como nos litígios globais simples, necessidade de se investir na participação dos titulares do direito violado, entendidos como os cidadãos comuns que desfrutam do meio ambiente, é necessário que o representante ouça a comunidade científica e os especialistas na matéria, a fim de formar uma pretensão que esteja em sintonia com as práticas tecnicamente mais recomendadas.

Antes de tratar propriamente das características do modelo representativo nesse tipo de litígio, cabe fazer um interlúdio para mencionar dois mecanismos que vêm sendo recorrentemente utilizados, na prática do processo coletivo brasileiro, para permitir a realização de um debate plural com a comunidade em geral e, para o que interessa ao presente tópico, com a comunidade científica: o *amicus curiae*<sup>95</sup> e as audiências públicas. A habilitação de entidades científicas como *amici curiae* não é capaz de despertar surpresas. Há que se explicar, todavia, as razões pelas quais as audiências públicas são aqui cogitadas como mecanismo para se conhecer as opiniões de especialistas, e não do público em geral. Ao contrário do que normalmente se costuma afirmar, as audiências públicas vêm se mostrando empiricamente limitadas, quando o objetivo é verificar a opinião de um grupo vasto e

---

<sup>94</sup> GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva*: a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 224.

<sup>95</sup> O *amicus curiae*, embora possa atuar no processo coletivo e contribuir para os fins expostos no texto, não desperta maior interesse, sob o ponto de vista analítico para os propósitos da presente tese. Para referências na literatura jurídica brasileira, ver BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro*: um Terceiro Enigmático. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012 e DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus Curiae*: instrumento de participação democrática de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. Curitiba: Editora Juruá, 2007.

heterogêneo de pessoas indeterminadas, ao invés de um seletivo número de especialistas, que podem contribuir para o melhor conhecimento do objeto do litígio.

#### 6.2.2.1 O papel limitado das audiências públicas no processo coletivo

As audiências públicas se popularizaram no Brasil a partir da década de 1990, consolidando-se como um verdadeiro símbolo da democratização do processo, tanto judicial quanto administrativo<sup>96</sup>. Entretanto, o fascínio despertado pela ideia de se convocar a população para opinar sobre os rumos da atividade pública não demorou a mostrar sinais de desgaste. As pesquisas empíricas apresentam indícios de que as audiências públicas, ainda que sejam importantes, são insuficientes para servir habilmente à verificação das opiniões de uma sociedade plural de interessados.

O poder estatal mais habituado à realização de audiências públicas é o Legislativo, certamente mais sensível às opiniões da população que o Judiciário. Contudo, mesmo na esfera legislativa há indicações das limitações inerentes a tais eventos. Pesquisa que avaliou as audiências públicas no âmbito da formulação de políticas orçamentárias concluiu, primeiramente, que não costuma haver preocupação em expor o assunto de forma compreensível para o público em geral, de modo que alguém que não tenha conhecimento prévio da matéria dificilmente poderá entendê-la na audiência e opinar adequadamente<sup>97</sup>. Em todos os casos que compuseram a amostra analisada foram verificados baixos índices de comparecimento do público, especialmente quando se desconsideraram as presenças de representantes de entidades de classe e servidores públicos, muitos dos quais vinculados ao próprio

---

<sup>96</sup> Ver, por exemplo, DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Participação Popular na Administração Pública, In: *Revista de Direito Administrativo*, n. 191, 1993, p. 26-39; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito da Participação Política*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992; SOARES, Fabiana de Menezes. *Direito Administrativo de Participação: Cidadania, Direito, Estado e Município*, Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

<sup>97</sup> PRUX, Paula Raymundo; BALSAN, Laércio André Gassen; MOURA, Gilnei Luiz. Transparência e participação popular nas audiências públicas de elaboração e discussão do PPA, LDO e LOA. In: *Contribuciones a las Ciencias Sociales*, 2012. Disponível em <[www.eumed.net/rev/cccss/22/](http://www.eumed.net/rev/cccss/22/)>. Acesso em 15.11.14.

órgão promotor da audiência<sup>98</sup>. Com poucos presentes, em apenas dez por cento da amostra foram verificadas contribuições concretas do público e, na maior parte das atas, não constou qualquer encaminhamento em razão das opiniões manifestadas pelos presentes<sup>99</sup>.

Em relação às audiências realizadas no exercício da atividade administrativa, o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA conduziu um estudo sobre a efetividade das audiências públicas do governo federal, com levantamento de processos e estudo de casos. Compuseram a amostra 203 audiências públicas, sendo 118 de caráter obrigatório, determinadas por alguma norma aplicável ao programa público no âmbito do qual ocorreram, 81 voluntárias e 4 de caráter não definido, no período de 2004 e 2009. Destas, foram feitos quatro estudos de casos, dois dos quais, relativos a audiências em licenciamentos ambientais.

Apesar de algumas experiências de sucesso, vários problemas foram apontados<sup>100</sup>. Verificou-se, que as audiências são realizadas em momentos pouco significativos do processo, por exemplo, após a finalização do estudo de impacto ambiental, de acordo com a Resolução CONAMA 9/1987. Para a população, o que se apresenta é uma decisão tomada, convertendo-se a audiência em mera exposição: “as audiências públicas aconteceram em uma fase relativamente tardia do processo decisório, limitando seu alcance e efetividade”<sup>101</sup>. As condições de participação dos interessados também se mostram precárias. A população impactada foi definida pelos organizadores de modo restrito, o que fez com que vários grupos interessados, sobretudo indígenas e ribeirinhos, não tivessem sua participação oportunizada. As audiências foram realizadas em locais geográficos afastados da sociedade impactada, comprometendo a representatividade dos presentes, ainda que, numericamente, a quantidade de pessoas fosse, em alguns casos, elevada.

---

<sup>98</sup> Idem: “Os dados demonstram que em todas as atas, estavam participando membros do setor público. Em 11 das 18 atas analisadas participaram Entidades de classe e em 5 atas haviam representantes dos COREDEs. Apenas em uma ata, foi descrita a participação de instituições de ensino e, em três Atas foi registrada a participação popular da sociedade civil”.

<sup>99</sup> Idem. Os autores analisaram 18 ocasiões em que a Comissão de Finanças, Planejamento, Fiscalização e Controle da Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul realizou audiências públicas. Em 8 não houve encaminhamentos após as deliberações.

<sup>100</sup> INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Potencial de Efetividade das Audiências Públicas do Governo Federal*: Relatório de Pesquisa. Brasília: Ipea, 2013.

<sup>101</sup> Idem, p. 83.

Os dados do estudo permitem que se constate uma tendência ao autoritarismo na forma de condução dos eventos. As mesas de trabalho são formadas por autoridades, que fazem uso da palavra de modo bem mais extenso e livre que os populares<sup>102</sup>. Para estes, em um dos casos ambientais analisados, o tempo foi limitado a 3 minutos por intervenção<sup>103</sup>, levando a pesquisa a afirmar que “a metodologia utilizada pouco contribuiu para um debate efetivo”<sup>104</sup>, bem como que “durante todo o processo, o ponto de partida foi a inevitabilidade do empreendimento”<sup>105</sup>, sendo conclusão geral que as audiências públicas se convertem, não raramente, em eventos meramente expositivos:

A limitação do escopo de debate é um ponto levantado nos estudos das audiências da ANTT, de 2011, e também das audiências de Santo Antônio e Jirau: no primeiro caso, a dinâmica da audiência não teve como foco o debate, mas sim a divulgação e o esclarecimento de informações; no segundo caso, as audiências não ocorreram para discutir a viabilidade dos projetos das usinas, predominando questões referentes a medidas de mitigação e compensação. Como visto, as audiências de Belo Monte seguiram uma lógica parecida, visto que predominou o caráter informativo e não estava aberta para discussão a viabilidade do projeto. Isto gerou, claramente, uma grande frustração na população e prejudicou a legitimidade do processo de audiências, gerando uma crença na população de que eles não participam da decisão mais importante, que é a construção ou não da usina.

A pouca legitimidade dos processos participativos compromete interações futuras entre governo e sociedade, pois esta passa a não acreditar na efetividade de espaços participativos<sup>106</sup>.

O relatório também aponta um problema inerente às audiências públicas, que não decorre de sua má condução, mas de sua natureza: às vezes, há interessados demais, o que inviabiliza uma discussão produtiva de todos ao mesmo tempo. Em um dos casos estudados, a audiência foi realizada em um ginásio esportivo com capacidade para 5 mil pessoas, sendo registrada em lista a presença de mais de 2 mil, embora haja indícios de que o comparecimento tenha sido maior. O excesso de pessoas faz com que a audiência se torne um evento tumultuado, de longa duração, com discussões superficiais e improdutivas. O problema está, em grande medida, na indefinição do escopo do ato: se o objetivo de se reunir centenas ou milhares de

---

<sup>102</sup> “Uma das críticas à condução das audiências é que a forma como a mesa é organizada inibe a participação da população local e prioriza as autoridades do governo”. Idem, p. 116.

<sup>103</sup> Idem, p. 89.

<sup>104</sup> Idem, ibidem.

<sup>105</sup> Idem, p. 84.

<sup>106</sup> Idem, p. 112.



peças for obter a informação de quais seriam as opiniões prevalentes entre elas, seria mais interessante organizar votações entre os presentes, a partir de questões pré-definidas. Se, por outro lado, o enfoque for colher as posições de segmentos variados que compõem o grupo impactado, pode ser mais interessante reunir apenas representantes de cada subgrupo, atribuindo a eles momentos mais significativos de manifestação. Como as audiências públicas são contaminadas pela ideia de que se deve permitir a presença e manifestação de todos, mas sem definir o que se pretende com a reunião, o que se obtém, recorrentemente, são baixos índices de comparecimento e representatividade dos presentes, dada a percepção de inutilidade do ato entre os destinatários. Quando a população de fato comparece, sua participação é obstada pela impossibilidade de que todos sejam ouvidos.

Luis Enrique Sánchez relata que as limitações das audiências públicas, em matéria ambiental, já foram percebidas também em outros países. De modo geral, elas se desenvolvem em uma dinâmica que favorece o clima de confronto, dão margem a manipulação por aqueles que têm mais poder ou capacidade de mobilização, ocorrem em momentos tardios do processo e se dirigem a um público predominantemente desinformado sobre o projeto e seus impactos, em razão das deficiências do processo de informação pública que deveriam precedê-la. Via de regra, quando a audiência se volta para o público em geral, este não é capaz de decodificar e compreender o caráter técnico-científico do debate, gerando um déficit comunicativo implícito, com os técnicos se colocando em um patamar superior ao cidadão comum. Verifica-se, ainda, que os tomadores de decisão raramente estão presentes à audiência e é frequente o uso de argumentos jurídicos ou pseudocientíficos para dar ares de verdade a posições políticas ou para invalidar oposições apresentadas<sup>107</sup>.

No âmbito da jurisdição constitucional, Ronaldo Queiroz estudou seis<sup>108</sup> audiências públicas realizadas pelo Supremo Tribunal Federal, as quais são usualmente

---

<sup>107</sup> SÁNCHEZ, Luis Enrique. *Avaliação de impacto ambiental: conceitos e métodos*. 2. ed. São Paulo: Oficina de Textos, 2013, cap. 16.

<sup>108</sup> O trabalho analisa, em verdade, oito audiências, mas duas delas não haviam ocorrido, de modo que não houve efetiva possibilidade de produção de dados.

relacionadas à adoção do pensamento neoconstitucionalista no Brasil<sup>109</sup>. A partir dos dados apresentados pelo autor, é possível concluir que o STF direcionou essas audiências ao objetivo de coletar opiniões de segmentos sociais variados, independentemente do seu grau de predominância. Elas tiveram critérios mais ou menos restritivos de convocação, de efetiva participação ou de debate. Em algumas, apenas convidados do tribunal, ou sujeitos já previamente admitidos no processo, como *amici curiae*, tiveram oportunidade de participar<sup>110</sup>. Em outras, embora tenham sido abertas inscrições para o público em geral, o número de pessoas habilitadas a participar girou em torno de 20% do total de inscritos, ou seja, houve expressiva quantidade de inscrições indeferidas<sup>111</sup>. Um problema detectado nas audiências conduzidas pelo STF foi o seu esvaziamento por parte dos próprios organizadores. Em todas elas, o número de ministros presentes variou entre dois e quatro, dos onze que compõem a Corte<sup>112</sup>. É certo que o contexto da jurisdição constitucional, sobretudo na mais alta Corte do país, é distinto de um processo coletivo. Mas as análises, tanto de Queiroz, quanto de outros autores que se debruçaram sobre o assunto, vão no sentido de que a importância concreta das audiências públicas não é compatível com a louvação retórica que usualmente recebem<sup>113</sup>. Apesar de elogios feitos ao instrumento pelos ministros do STF, tanto o número de audiências

---

<sup>109</sup> Nesse sentido, SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: George Salomão Leite; Ingo Wolfgang Sarlet. (Org.). *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: Estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 9-49. Sobre o assunto, ver também SOARES, Inês Virginia Prado. Neoconstitucionalismo e jurisdição constitucional: as audiências públicas no Supremo Tribunal Federal. In: FRANCISCO, José Carlos. (Org.). *Neoconstitucionalismo e Atividade Jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2012, v. 01, p. 193-217.

<sup>110</sup> Por exemplo, na ADI 3.510, relativa à pesquisa com células-tronco, só se admitiram 22 expositores convidados pelo Tribunal. Na ADPF 101, sobre importação de pneus usados, foram apenas dez, restritos aos *amici curiae*. Na ADPF 54, atinente à interrupção da gravidez de fetos anencefálicos, também foram 20 expositores admitidos.

<sup>111</sup> Na ADI 4103, 103 pessoas se inscreveram e 29 foram habilitadas. Na ADPF 186, relativa à polêmica questão das ações afirmativas no ensino superior, 253 pedidos de inscrição foram recebidos, mas apenas 38 habilitados.

<sup>112</sup> QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *Audiência pública como instrumento de legitimação da jurisdição constitucional*. Tese de doutorado apresentada ao programa de pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Orientador: Vidal Serrano Nunes Júnior. São Paulo: 2012. O autor ainda aponta (p. 196) que, fora o ministro que presidiu cada evento, os demais não permaneceram durante toda a sua duração.

<sup>113</sup> VIEIRA, José Ribas. CORRÊA, Letícia França. A audiência pública jurisdicional no Supremo Tribunal Constitucional. In: CARVALHO, Flávia Martins. VIEIRA, José Ribas (orgs.). *Desafios da Constituição: Democracia e Estado no Século XXI*. Rio de Janeiro: UFRJ, 2011.

públicas realizadas pelo tribunal, quanto de ministros presentes a cada uma delas, ainda é baixo<sup>114</sup>.

Outro problema é o caráter aleatório da convocação das audiências. Queiroz aponta que, em julgamentos polêmicos, nos quais havia pedidos expressos e reiterados para a realização do evento, o tribunal decidiu sem ouvir os interessados. O autor exemplifica com a ADI 4.277, relativa ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, e a ADI 3.239, cujo objeto era a demarcação de terras quilombolas. Nesta, informa ter havido mais de vinte pedidos de audiência pública, não apreciados pelo relator<sup>115</sup>. Há dificuldade, por essa razão, de se extrair um princípio de conduta para a atuação judicial, que vá além da vontade de cada julgador, especialmente quando se considera que assuntos comparativamente mais triviais, como a redação de biografias não autorizadas e o programa governamental “mais médicos”, mereceram, cada um, audiências públicas realizadas ao longo de dois dias.

Nesses termos, é possível concluir que as audiências públicas têm limitações que impedem que sejam eficazmente utilizadas em qualquer tipo de contexto, processual ou extraprocessual. Tais limitações decorrem tanto de problemas inerentes ao modelo – impossibilidade de se colher opiniões de um grande número de pessoas e de produzir uma discussão qualificada – quanto da forma como são conduzidas. Outro elemento a ser considerado é a falta de interesse do público em participar da audiência, o qual é reforçado pelos defeitos de organização. As autoridades encarregadas da convocação, quando se fazem presentes, estão mais interessadas em expor seus pontos de vista do que em ouvir o que um “qualquer do povo” tem a dizer. Assim, não é de se esperar que pessoas comuns deixem suas atividades cotidianas para se envolver em eventos nos quais são vistas como participantes secundários, com oportunidades de fala limitadas ou inexistentes. Fazer com que as pessoas compareçam exige que elas saibam o que está em jogo no processo, bem como que acreditem que o tempo despendido será justificado por uma possibilidade

---

<sup>114</sup> Em 19 de novembro de 2014 o site do STF registrava 16 audiências públicas realizadas. A primeira audiência foi realizada em 2007. Depois foram 2 em 2008, 1 em 2009, 1 em 2010, 2 em 2012, 7 em 2013 e 2 em 2014.

<sup>115</sup> QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *Audiência pública como instrumento de legitimação da jurisdição constitucional*. Tese de doutorado apresentada ao programa de pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Orientador: Vidal Serrano Nunes Júnior. São Paulo: 2012, p. 184.

de efetivamente influenciar na decisão. A Suprema Corte do Estado de Washington resumiu, há algum tempo, os requisitos necessários à manutenção de uma atmosfera de equidade em uma audiência pública<sup>116</sup>:

Uma pessoa racional, participando de todos os encontros relativos a um dado problema, deve poder, ao seu término, afirmar de boa-fé que todos os que deveriam ser ouvidos o foram, com total equidade, e que o órgão legislativo a que a lei exige a realização da audiência deu razoável crédito a todas as matérias apresentadas, de acordo com o peso e a força que cada uma delas merecessem receber.

A falta de participação popular nas audiências públicas também tem outras explicações. Hensler *et al.* relatam que diversas audiências públicas conduzidas em *class actions*, nos Estados Unidos, tiveram baixo comparecimento<sup>117</sup>, situação que atribuem à dispersão da classe, à pequena dimensão individual do direito litigioso e aos óbices à ação coletiva detectados por Mancur Olson<sup>118</sup>: ninguém tem estímulos suficientes para assumir custos individuais de atuação em situações cujos resultados serão gerais e uniformes para o grupo. As audiências costumam ser marcadas no dia, horário e local<sup>119</sup> mais convenientes para a autoridade responsável. Geralmente, esse dia e horário são de expediente laborativo e o local é distante da residência dos interessados. Isso significa que o participante arcará com custos econômicos e não econômicos para estar presente, os quais não lhe serão compensados, mesmo que o resultado do processo seja favorável<sup>120</sup>.

O desestímulo à participação também decorre do controle do tempo do evento, que é um elemento de poder e fica a cargo da autoridade organizadora. Usualmente, as autoridades fazem uso da palavra em primeiro lugar e impõem ao evento uma

<sup>116</sup> *Smith v. Skagit County*, 75 Wash. Dec. 2d 729 (1969). Para um comentário sobre a decisão, ver BLACK, Keith M. Public Hearings: an appearance of fairness. In: *Gonzaga Law Review*, vol. 5, 1970, p. 324-331.

<sup>117</sup> HENSLER, Deborah et. al. *Class Action Dilemmas: Pursuing Public Goals for Private Gain*. Santa Monica: RAND, 2000, p. 79 e ss.

<sup>118</sup> OLSON, Mancur. *The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups*. Cambridge: Harvard University Press, 1965.

<sup>119</sup> O local é o único desses elementos que, com alguma frequência, excepciona a crítica do texto. Não são desconhecidas audiências públicas em locais mais acessíveis à população, para os quais a autoridade promotora do evento precisa se deslocar. Contudo, ainda que não haja dados estatísticos disponíveis, o contato com o cotidiano da administração e, principalmente, do processo judicial, parece autorizar a conclusão de que a esmagadora maioria das audiências ocorre no local em que a autoridade promotora exerce suas funções.

<sup>120</sup> O mesmo problema foi apontado, nos Estados Unidos, por HENSLER, Deborah et. al. *Class Action Dilemmas: Pursuing Public Goals for Private Gain*. Santa Monica: RAND, 2000.

estrutura expositiva, ao invés de dialógica, ou seja, os momentos de fala estão focados nos expositores, e não nos ouvintes, havendo pouco estímulo à participação efetiva dos presentes ou, não raro, restrições ou mesmo proibição de sua manifestação. Com isso, boa parte do tempo e da capacidade de concentração dos presentes são consumidas com longas apresentações – e não debates – sobre o assunto em questão, justificadas pela necessidade de instruir o público, antes que ele possa debater o assunto. Esses esclarecimentos são apresentados como se fossem imparciais, mas, via de regra, estão a cargo de um sujeito interessado no resultado do processo, como é o caso, na seara ambiental, do empreendedor, ou da empresa por ele remunerada para a elaboração do Estudo de Impacto Ambiental. Apenas ao final, com as pessoas já exaustas, a palavra é aberta aos presentes e ainda de modo limitado.

Em acréscimo, é notório que as audiências públicas dificilmente adotam medidas para garantir o comparecimento de segmentos significativos da população atingida, o que já não seria uma tarefa fácil de ser realizada, mesmo que fosse tentada<sup>121</sup>. A convocação costuma ser publicada em jornais e, eventualmente, no *website* do órgão promotor. Não são usuais esforços maiores que esses para que os interessados tomem ciência da ocorrência do evento, nem das providências eventualmente dele decorrentes, o que cria um ciclo de desestímulo à participação em ocasiões futuras. Em síntese, a maioria das audiências públicas exige muito do público e quase nada do organizador. Exige que o público comprometa seu tempo e dinheiro em um ato cuja dinâmica deixa transparecer que a sua opinião tem pouco valor.

Ainda que todos esses óbices sejam superados, e a audiência seja bem organizada, é preciso considerar a possibilidade de que ela reflita o ambiente social em que se dão os acontecimentos, o que significa que as majorias serão ouvidas e as minorias serão oprimidas. Isso é verdadeiro mesmo que o processo seja conduzido em favor de uma minoria. Todo grupo social, por mais coeso que seja, têm em si posições divergentes, que se refletem em relações de poder. Por essa razão, posições de subgrupos que não foram percebidas quando a ação ou ajuizada, ou ao longo da

---

<sup>121</sup> RHODE, Deborah L. Class Conflicts in Class Actions. In: *Stanford Law Review*, vol. 34, n. 6, 1982, p. 1234, se refere à dificuldade enfrentada pelos advogados, nos Estados Unidos, para convencer uma parcela representativa da classe a comparecer nos eventos relacionados ao processo.

tramitação do processo, dificilmente surgirão em uma audiência, ainda mais se ela for realizada com o formalismo usual das convocações judiciais. Além disso, a estruturação de um diálogo entre os participantes, que oportunize formas colaborativas de decisão, distintas da simples reprodução das dinâmicas de poder que existem nos grupos sociais, exige condições muitas vezes indisponíveis no contexto processual. As pessoas envolvidas em processos coletivos, em regra, não têm experiência ou foco suficiente para contribuir de modo significativo para o incremento de sua qualidade<sup>122</sup>. A audiência pode servir mais para expor diferenças do que para desenvolver soluções ou obter consenso e os interesses dos grupos minoritários podem ser cooptados ou ignorados. O evento pode acrescentar perspectivas e problemas ao conflito, mas pode não gerar soluções<sup>123</sup>.

Essas considerações demonstram que a audiência pública não é solução adequada para todos os processos judiciais, e nem mesmo para todos os tipos de processo coletivo. Nos litígios globais, em que não há subgrupos sociais afetados de modo diferenciado pelos efeitos da decisão, a audiência pública pode ser uma providência apropriada para a prestação de contas à sociedade, acerca da atuação do legitimado coletivo. Particularmente no caso dos litígios globais complexos, o evento tem potencial para agregar informações de especialistas à formulação do pedido ou da decisão em um contexto no qual são admissíveis variadas soluções lícitas. Se, por outro lado, a intenção for conhecer a visão de uma sociedade, diversa e multifacetada, acerca do processo e de seus possíveis resultados, a audiência pública será insuficiente e, em muitos casos, inadequada, provendo informações que refletirão apenas as desigualdades existentes na sociedade.

---

<sup>122</sup> STURM, Susan. A Normative Theory of Public Law Remedies. In: *Georgetown Law Journal*, vol. 79, n. 5, 1991, p. 1418.

<sup>123</sup> A doutrina, brasileira, via de regra, minimiza os problemas apresentados no texto, mesmo que os reconheça, para ressaltar o valor da audiência. Ver, por todos, GAVRONSKI, Alexandre Amaral. Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva: a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 284. Na p. 185, o autor afirma que “a audiência pública é, como referido, a consagração máxima do princípio da participação”.

### 6.2.2.2 A coisa julgada nos litígios globais complexos

Os processos relativos aos litígios globais complexos devem seguir, em linhas gerais, as mesmas diretrizes apontadas em relação aos litígios globais simples, dado que a única diferença entre eles é o aumento do grau de complexidade, ou seja a existência de múltiplas soluções para a controvérsia, sem que se possa dizer, de antemão, qual a mais adequada em termos jurídicos. Esse aspecto diferenciador pode ser tratado no processo pela realização de audiências públicas entre especialistas na matéria, convocados pelo juízo ou pelo legitimado coletivo, com o objetivo de agregar informações que permitam a adoção da decisão mais adequada. Também é possível, em casos ainda mais complexos, solicitar a habilitação de *amici curiae* que possam não apenas opinar sobre um ato específico, mas acompanhar toda a produção de provas e implementação da decisão<sup>124</sup>. Retomando o exemplo apresentado no Capítulo 1, não se pode imaginar que o pedido de determinação judicial para que um município promova o tratamento de esgotos sanitários baste em si. Há inúmeras técnicas disponíveis para tanto, com resultados e custos variados. Uma ordem judicial que determine, genericamente, o tratamento de esgotos, pode ser cumprida sem, com isso, gerar qualquer resultado ambiental expressivo. Conforme observou Gerald Rosenberg, decisões judiciais não implicam, necessariamente, mudança social significativa<sup>125</sup>. Se não há necessidade de participação dos titulares do direito no processo relativo a litígios globais, uma vez que nenhum deles é especificamente impactado pelo resultado, é preciso que o legitimado coletivo e o juízo se amparem em especialistas e, entre eles, ouçam diversas opiniões, para que possam chegar a uma decisão que alcance os benefícios concretos esperados.

---

<sup>124</sup> A Lei 13.105/15, que institui o novo Código de Processo Civil, prevê a possibilidade de utilização da figura do *amicus curiae* em qualquer processo, em razão da “relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia”. O problema é que o Código vê o *amicus curiae* como um ator periférico do processo. Tanto é assim que a decisão que o admite ou inadmite é irrecorrível e seus poderes serão fixados pelo juiz.

<sup>125</sup> ROSENBERG, Gerald N. *The Hollow Hope: can courts bring about social change?* 2. ed. Chicago: The University of Chicago Press, 2008. O autor afirma, analisando diversos litígios ambientais nos Estados Unidos, que os benefícios concretos deles decorrentes, mesmo quando julgados procedentes, foram, na melhor das hipóteses, desiguais.

Nesse sentido, um problema do processo coletivo relativo a litígios globais complexos é a sua possível incompatibilidade com avanços científicos e sociais. Revestir com o manto da coisa julgada determinadas obrigações, sobretudo de não-fazer, significa paralisar a mudança social. Com o tempo, é possível que a visão da sociedade acerca dos fatos se altere, ensejando a necessidade de modificação da decisão, que será obstada pela coisa julgada. O esquema tradicional de definição do conteúdo da sentença, resumido por Botelho de Mesquita com a frase “tem o autor direito ao que pretende? Sim ou não?”<sup>126</sup> se adequa mal a relações jurídicas para as quais o direito não tem uma resposta unívoca e o conflito é mutável no tempo. Se já é difícil definir se a sociedade tem “direito” à condenação de um município a realizar o tratamento de esgotos sanitários, por intermédio de uma técnica determinada pelo juízo, que seria, de acordo com alguns especialistas, mas não todos, a mais adequada naquele contexto, mais difícil ainda é afirmar que essa decisão deve ser preservada das modificações temporais e contextuais.

É possível imaginar um exemplo ainda mais claro. Em 1971, o médico Roberto Farina foi denunciado criminalmente e condenado a dois anos de reclusão, por lesão corporal grave, em razão de ter realizado uma cirurgia de ablação dos órgãos genitais (mudança de sexo) em um paciente transexual, com seu consentimento. A sentença acabou reformada, por maioria, pela 5ª Turma do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, mas o caso ganhou notoriedade na comunidade jurídica, especialmente em razão da produção de um parecer por Heleno Claudio Fragoso<sup>127</sup>. Imagine-se que fosse possível, à época, o ajuizamento de ação civil pública para proibir a prática da referida intervenção cirúrgica no país, em nome da garantia da incolumidade pública. Apesar da absolvição criminal do médico, é provável que tal pedido fosse julgado procedente e transitasse em julgado<sup>128</sup>. Com isso, tornar-se-ia

---

<sup>126</sup> BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. *A coisa julgada*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006, p. 3.

<sup>127</sup> FRAGOSO, Heleno Claudio. Transexualismo - Cirurgia. Lesão Corporal. In: *Revista de Direito Penal*, n. 25, 1979, p. 25-34.

<sup>128</sup> Já na década de 1990, com todo o avanço social de 20 anos, as causas em favor dos transexuais ainda sofriam derrotas recorrentes no Poder Judiciário brasileiro. Em 1997, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro negou à atriz Roberta Close, que já havia se submetido à cirurgia para alteração dos órgãos sexuais, o direito de alterar seu nome de batismo. Houve recurso ao Supremo Tribunal Federal e a Procuradoria-Geral da República, então chefiada pelo Procurador-Geral da República Geraldo Brindeiro, emitiu parecer, subscrito pelo Subprocurador-Geral da República Flávio Giron, contrário à possibilidade de alteração do nome de Roberta, entendimento que foi acatado pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a relatoria do Ministro Sydney Sanches. Referência



imutável a vedação de uma intervenção cirúrgica que, quarenta anos depois, não só é realizada cotidianamente, mas custeada pelo Sistema Único de Saúde<sup>129</sup>. Independentemente da profundidade da cognição ou do cuidado adotado pelo julgador e pelas partes, a resolução coletiva de conflitos que envolvem questões cientificamente controversas pode originar decisões cuja imutabilidade, com o passar do tempo, as coloque em total descompasso com as crenças e práticas da sociedade, descompasso este que será resguardado até mesmo contra emendas constitucionais, a teor do art. 5º, XXXVI, da Constituição. O Brasil ter-se-ia visto, em razão dessa hipotética, mas plausível, decisão, preso inescapavelmente a uma construção hoje majoritariamente vista como retrógrada e inaceitável, por mais correta que parecesse àqueles que, à época, a subscreveram<sup>130</sup>.

Se, nos litígios globais simples, a eficácia da sentença deve ser a mais ampla possível, resolvendo, de modo definitivo, o conflito para todos os que nele estão envolvidos, ainda que não participem do processo, nos litígios globais complexos há elementos que recomendam maior cautela. Nunca se poderá atribuir à coisa julgada, nesse tipo de litígio, o mesmo grau de imutabilidade que se espera do instituto no processo individual ou mesmo nos litígios simples. Embora o Código de Defesa do Consumidor tenha colocado à salvo, em relação aos direitos transindividuais, apenas a improcedência por falta de provas, mesmo a procedência pode acarretar os problemas apontados. Uma ação coletiva procedente não necessariamente beneficia a coletividade, quando a própria definição do que seria um benefício não é unívoca ou imutável. A alteração do contexto científico ou social pode determinar a reapreciação dos fatos, tanto para desfazer uma procedência que se supunha benéfica à sociedade – por exemplo, a proibição de uma técnica cirúrgica que se descobre segura – quanto para desconstituir uma improcedência baseada em cognição totalmente exauriente – caso se descubra, posteriormente, que uma substância considerada segura é, em verdade, insegura, ou que os filtros a cuja

---

disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/1997/2/22/cotidiano/16.html>> e também em <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff200228.htm>>. Acesso em 10 jun. 2015

<sup>129</sup> O SUS começou a pagar pela cirurgia em 2008. Em 2014, o sistema custeou 243 cirurgias e 6.724 procedimentos ambulatoriais destinados a realizar modificações corporais do sexo. Ver <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/03/cirurgias-de-mudanca-de-sexo-sao-realizadas-pelo-sus-desde-2008>>.

<sup>130</sup> Agradeço à Procuradora da República Raquel Cristina Rezende Silvestre pela referência ao caso.

instalação o poluidor foi obrigado não são adequados. O raciocínio também vale no sentido contrário. Imagine-se uma sentença coletiva que proíba o cultivo de produtos agrícolas geneticamente modificados no país. Como se trataria de sentença de procedência, não haveria possibilidade, nos termos do CDC, de revisão da coisa julgada. Todavia se, depois de trinta anos, com todo o planeta plantando e consumindo tais produtos, não houvesse evidências de efeitos maléficos, não haveria benefício social em se manter a sociedade atada a uma decisão proferida em outro contexto social e científico.

Mazzilli percebeu parcialmente o problema, ao se referir à necessidade de que a jurisprudência “mitigue ainda mais a coisa julgada formada quer em processos individuais, quer em processos coletivos”<sup>131</sup>. O exemplo do autor é a decisão de improcedência de uma ação civil pública relativa a poluição, sem insuficiência de provas, em virtude da demonstração de que o poluente é seguro, vindo-se a saber, no futuro, em razão de avanços tecnológicos, de sua lesividade. O embasamento da formulação, contudo, é o argumento de que “não se pode admitir coisa julgada ou direito adquirido contra direitos fundamentais da humanidade”<sup>132</sup>, o que é pouco consistente. Além disso, sua construção está mais preocupada com situações de improcedência em decorrência de fraude ou de corrupção, enquanto aqui se demonstra que o problema pode existir em processos conduzidos e decididos com total boa-fé.

A solução que se propõe, partindo da tipologia dos litígios coletivos, é a relativização da coisa julgada a partir da avaliação de complexidade do litígio. Tratando-se de um litígio complexo, é impossível que o juiz e o legitimado coletivo conheçam todas as possibilidades de tutela adequada do direito material, presentes e futuras. A incerteza não decorre de defeitos processuais ou de incúria, mas das características do próprio direito litigioso, sujeito a variações em virtude de mudanças científicas e sociais. A coisa julgada foi tradicionalmente pensada como qualidade que se atribui ao comando da sentença, fazendo-o imutável<sup>133</sup>, porque pressupunha fatos ou

---

<sup>131</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 20. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 543.

<sup>132</sup> Idem, p. 544.

<sup>133</sup> LIEBMAN, Enrico Tulio. *Eficácia e Autoridade da Sentença*. 3. ed. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1984, p. 54.

relações jurídicas temporalmente dados, ou seja, cujos elementos são pretéritos e, portanto, estão disponíveis para serem conhecidos pelo julgador. As relações atinentes aos litígios globais complexos se protraem no tempo e estão de tal modo vinculadas às características da sociedade, que será ilusório imaginar que se pode pretender, em todos os casos, torná-las imutáveis. A causa é posta em juízo e decidida em um dado estado da técnica, ou uma dada percepção de valores sociais e morais. Se esse estado de coisas se modifica, não se pode dizer que o novo contexto já tenha sido submetido a decisão judicial. Deve-se admitir a repositura da ação porque a complexidade atrai para o litígio os elementos científicos e sociais que condicionam a sua decisão. Se eles se modificaram, a questão posta em juízo, ainda que embasada nos mesmos fatos, é distinta da que foi apreciada anteriormente.

A necessidade de relativização da coisa julgada coletiva não se limita a relações continuativas ou ao julgamento de improcedência e nem mesmo à existência de fatos novos, se esse conceito for estritamente vinculado aos elementos fáticos do litígio. A projeção da coisa julgada para o futuro não pode significar um postulado de onisciência do juiz, que, ao decidir, seria obrigado a antecipar como será o mundo ou a sociedade nas décadas vindouras, *per omnia saecula saeculorum*. A coisa julgada não deve incidir em situações de mudança social ou científica porque o novo contexto não foi submetido à apreciação judicial. Se o mundo mudou, a sentença, seja em que sentido for, também deve mudar, ainda que os fatos subjacentes a sua adoção sejam rigorosamente os mesmos. Em síntese, a estabilidade da sentença coletiva é inversamente proporcional à complexidade do litígio apreciado. Seu conteúdo não deve ser entendido como apenas a determinação de que a sociedade tem ou não tem direito ao que pretende, mas se o tem à luz de determinado contexto científico e social. Há uma cláusula *rebus sic standibus* em todas as sentenças relativas a litígios coletivos complexos, porque é impossível a qualquer juiz apreciar a totalidade, passada, presente e futura, dos elementos sociais e científicos que incidem sobre o litígio.

É patente que a avaliação do grau de estabilidade a ser atribuído à sentença não compete ao juiz da causa, já que não lhe é dado prever o futuro<sup>134</sup>. O Supremo Tribunal Federal, que, em 1997, se negava a permitir a modificação do nome de um transexual operado, pouco mais de dez anos depois consagrou, em votação unânime, a união civil entre pessoas do mesmo sexo, fazendo uma leitura bastante liberal do texto constitucional, em nome da dignidade humana<sup>135</sup>. Além disso, reconheceu repercussão geral de recurso contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que exigiu a inserção da designação “transexual” no assento de nascimento de pessoa que tenha passado pela cirurgia de ablação dos órgãos genitais. Caso o recurso seja acolhido, o Supremo Tribunal passará a aceitar não apenas a alteração de nome e gênero no registro civil, mas também que essa circunstância não deve ser sequer referenciada no respectivo assento<sup>136</sup>. Em menos de vinte anos, é possível que o mesmo tribunal profira decisão oposta à que adotou inicialmente.

A jurisprudência norte-americana chega a conclusão similar à aqui propugnada, em relação ao problema da adequação da representação. Não se poderia admitir que a avaliação do juiz da *class action*, quanto ao caráter adequado do representante, se impusesse a todos os demais julgadores da matéria, no futuro<sup>137</sup>. Aplicando esse

---

<sup>134</sup> Não falta quem, na doutrina brasileira, entenda que as disposições dos art. 103, I e II do CDC, que permitem a repositura da ação em caso de insuficiência de provas, depende da consignação expressa da circunstância em sentença, exigindo que o juiz do caso imagine se poderiam ter sido produzidas outras provas que, eventualmente, alterassem sua convicção. Isso exigiria, certamente, um juiz onisciente não apenas do presente, como também do futuro. No sentido criticado, ver RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *Curso de direito do consumidor*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 871: “Note-se, porém, algo de relevo no processo: como a norma faz referência à insuficiência de provas, é importante que na sentença o magistrado se manifeste expressamente a respeito. Por isso, deve a entidade-autora pedir, ainda que em memoriais, que o juiz, caso julgue a ação improcedente, diga muito claramente se o faz por insuficiência de provas. Se tal não se der, deve a autora ingressar com embargos de declaração para obter expressamente na sentença essa declaração”. No mesmo sentido, tratando da ação popular, SILVA, José Afonso da. *Ação popular constitucional: doutrina e processo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. A razão está com Antonio Gidi que, embora não aborde todos os problemas descritos no texto, afirma que “sempre que qualquer legitimado propuser a mesma ação coletiva com novo material probatório, demonstrará, ‘ipso facto’ que a ação coletiva anterior havia sido julgada por instrução insuficiente”, ressaltando ser muito difícil que, na prática, o magistrado distinga se está decidindo uma ação por falta de provas ou não. GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Editora Saraiva, 1995, p. 134.

<sup>135</sup> ADPF 132 e ADI 4.277, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05/05/2011.

<sup>136</sup> A questão ainda não havia sido julgada definitivamente quanto a presente tese foi finalizada. Ver RE 670422 RG, rel. Min. Dias Toffoli, j. em 11/09/2014.

<sup>137</sup> V. supra, Capítulo 4. Ver também *Dow Chemical Co. v. Stephenson*, 539 U.S. 111 (2003) e *Gonzales v. Cassidy*, 474 F.2d 67 (5 Cir., 1973).

entendimento ao que aqui se defende, deve-se entender que a causa é posta em juízo e decidida levando em consideração não apenas determinado contexto fático, mas também circunstâncias temporais e sociais. Cabe ao juiz futuro, à luz de novas evidências e da sociedade de seu tempo, decidir o grau de estabilidade merecido pela sentença pretérita, assim como cabe ao juiz futuro decidir se a representação, anteriormente considerada adequada, assim se manteve com o transcurso da execução. Se ficar evidenciado que a decisão anterior optou, dentre as alternativas então juridicamente possíveis, por solução não mais adequada à proteção da sociedade, não será lícito exigir que a mesma permaneça aprisionada pela compreensão pretérita, já que o novo contexto nela não estava contido.

Finalmente, consideradas as ressalvas anteriores, a coisa julgada deve incidir sobre todos os demais legitimados coletivos, *pro et contra*, e às questões individuais eventualmente decorrentes do litígio, determinando-se medidas que impeçam o réu de se apropriar dos benefícios decorrentes do ilícito. O que interessa, em qualquer situação, é que apenas o processo coletivo, não a proliferação de ações individuais, é eficaz para a tutela de litígios globais, simples ou complexos.

#### 6.2.2.3 Outras características do processo nos litígios coletivos globais complexos

Abordados os elementos dos subitens anteriores, que correspondem aos pontos mais problemáticos, é interessante explicitar algumas outras características do processo no modelo dos litígios globais complexos. Primeiro, a legitimidade ativa deve privilegiar instituições não parciais, como é o caso do Ministério Público. Se o litígio atinge, de modo uniforme, a toda a sociedade, há poucas razões para se prestigiar a legitimidade de entidades que atuam apenas em uma parte do espectro social, como é o caso das associações<sup>138</sup>. A natureza parcial dessas entidades pode

---

<sup>138</sup> Cabe ressaltar que a afirmação do texto considera o funcionamento e as peculiaridades do sistema jurídico brasileiro. Nos Estados Unidos, há uma crença disseminada no sentido de que a litigância privada é um instrumento eficaz para regular o comportamento social, evitando-se a adoção de instrumentos de direito público. Ver HENSLER, Deborah. Financing civil litigation: the US perspective. In: TUIL, Mark; VISSCHER, Louis (eds.). *New trends in financing civil litigation in Europe: a legal, empirical, and economic analysis*. Cheltenham: Edward Elgar, 2010, p. 149-174.

fazer com que tendam a favorecer soluções vinculadas ao seu âmbito de atuação, o que não é o ideal, em um cenário em que várias alternativas se apresentam como jurídica e cientificamente possíveis. Organizações de proteção ambiental, por exemplo, atuando em um litígio ambiental global complexo, tenderão a preferir soluções mais restritivas da atividade econômica, do que pode resultar a improcedência do pedido, ao passo que entidades imparciais estão em melhor posição para balancear soluções aceitáveis, que possam alcançar maior efetividade. Mais uma vez, como recorda Gerald Rosenberg, obter decisões judiciais radicais em favor do meio ambiente não significa, necessariamente, obter benefício ambiental concreto<sup>139</sup>.

Por outro lado, essas entidades parciais têm um importante papel a cumprir na condição de *amici curiae* ou de participantes em audiências públicas cujo objeto seja a discussão das possíveis soluções para o conflito. Elas geralmente têm maior acesso às universidades e a cientistas que estudam o objeto material do litígio e podem prover o autor da ação com informações para demonstrar a qualidade e quantidade de dano provocado, bem como as formas mais adequadas de repará-lo ou compensá-lo. Já os indivíduos devem ser admitidos a intervir no processo apenas se forem, eles mesmos, detentores de conhecimento passível de auxiliar na resolução do caso. Descabe a intervenção meramente opinativa ou ideológica, para reforçar os argumentos de alguma das partes envolvidas no conflito. Esse tipo de intervenção – bastante comum entre os *amici curiae* admitidos pelo Supremo Tribunal Federal, no controle concentrado de constitucionalidade – tem pouco potencial para contribuir para a solução do processo, acabando apenas por tumultuá-lo e, logo, não se justificando a partir de uma leitura instrumental da garantia de participação. A atuação de pessoas que desejam apenas opinar sobre o andamento do processo deve ser restrita a eventos extraprocessuais, tais como audiências públicas.

Em relação aos requisitos de atuação do legitimado coletivo, os direitos representados no processo atinente a litígios globais complexos pertencem a toda a sociedade global, sendo tutelados em favor de seus interesses, identificados pelo

---

<sup>139</sup> ROSENBERG, Gerald N. *The Hollow Hope: can courts bring about social change?* 2. ed. Chicago: The University of Chicago Press, 2008.

legitimado coletivo a partir de interações com a comunidade científica e os estudiosos do assunto litigioso. A liberdade de atuação do representante, nesse caso, se torna mais restrita que nos litígios simples, uma vez que, dada a possibilidade jurídica e científica de mais de uma solução para tutela do direito material, não cabe a ele definir, isoladamente, o conteúdo da pretensão. O autor da ação deve considerar as possibilidades e demonstrar por qual razão adotou a proposta refletida na pretensão posta em juízo. Se há várias soluções possíveis, a escolha do conteúdo da pretensão coletiva não pode ser aleatória, ou baseada em preferências ideológicas do autor da ação, mas fundada em análise racional das alternativas disponíveis. Cabe ao legitimado coletivo a promoção do diálogo com a sociedade, especialmente com os especialistas na matéria, que constituem momentos participativos no processo representativo, para colher subsídios, debater estratégias e justificar suas opções. A equação entre participação e representação ainda pende em favor da representação, mas em menor medida que nos litígios globais simples. Nos mesmos termos, a liberdade do legitimado coletivo para firmar compromissos ou acordos com o causador do ilícito é limitada pela demonstração de que, dadas as circunstâncias, a reparação acordada é a mais adequada, do ponto de vista jurídico e científico, para a tutela do direito material violado. Cabe ao legitimado expor os motivos pelos quais a alternativa eleita supera as demais, à luz das evidências científicas a ele apresentadas.

É preciso deixar claro o que se expôs no parágrafo anterior, tendo em vista que a conclusão não é a adotada pelos pensadores brasileiros que se dedicaram à matéria. Aceitando-se a ideia de que existe um direito constitucionalmente consagrado de participação instrumental no processo e que a titularidade dos direitos coletivos é passível de definição, quando se assume a perspectiva do litígio, é preciso temperar conclusões que afirmem que “a decisão sobre o aproveitamento das sugestões recebidas [em audiência pública] cabe sempre ao legitimado coletivo”<sup>140</sup>. A promoção da audiência pública e a sua condução de modo a fomentar o debate significativo com a sociedade titular do direito não é apenas uma prerrogativa, mas ônus do legitimado coletivo. Nenhum debate será efetivo se a sociedade não souber, pelo menos, por quais razões as contribuições apresentadas

---

<sup>140</sup> GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva*: a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 287.

no evento não foram adotadas. A audiência pública é mais que um evento de coleta de sugestões. É o momento em que o legitimado materializa seu dever de se reportar aos representados, em relação ao teor de sua atuação, antecipando ações futuras e prestando contas de sua atuação pretérita<sup>141</sup>. Embora seja certo que as sugestões apresentadas, nesse tipo de litígio, não sejam vinculantes – e nem poderiam ser, eis que não há garantia de que sejam uníssonas – não é verdade que elas possam ser apenas esquecidas. Caberá ao representante o ônus da justificativa em relação às propostas descartadas.

### 6.3 O processo nos litígios coletivos locais

Os litígios locais são a antípoda dos litígios globais. Neles, ainda que o interesse em questão possa, indiretamente, concernir a toda a sociedade, há um grupo mais restrito, que tem relações mais ou menos fortes de identidade entre seus membros, impactado pela lesão de modo tão mais grave que os demais indivíduos, que o vínculo destes com o direito litigioso se torna, por comparação, irrelevante. Por essa razão, nos litígios locais, deve-se entender que a sociedade titular do direito é a comunidade de pessoas que sofre esses efeitos diretos. Vários exemplos já foram citados: as vítimas de um evento ou acidente grave, os trabalhadores de determinada empresa, as comunidades indígenas ou quilombolas, em relação a ilícitos com impacto direto sobre suas terras, as mulheres, homossexuais, negros ou outras minorias, em relação aos direitos vinculados a essa condição. O grau de coesão entre os indivíduos que formam cada uma dessas comunidades é variável, tendendo a ser maior quando existe uma base territorial comum, mas “comunidades podem se formar apesar da distância geográfica, particularmente se houver uma

---

<sup>141</sup> YOUNG, Iris Marion. Representação política, identidade e minorias. Tradução de Alexandre Morales. In: *Revista Lua Nova*, vol. 67, 2006, p. 147. O art. 34 da Lei 9.784/99 milita em favor da conclusão do texto, ao afirmar que “os resultados da consulta e audiência pública e de outros meios de participação de administrados deverão ser apresentados com a indicação do procedimento adotado”.



experiência comum significativa, uma rede social ou uma conexão emocional compartilhada”<sup>142</sup>.

Ainda que a incolumidade pública ou a segurança do trabalho, o meio ambiente ou a diversidade cultural, consubstanciada em grupos indígenas ou quilombolas, ou ainda a igualdade entre as pessoas, sejam interesses de toda a sociedade, quando se trata de buscar tutela para eventos lesivos específicos, pela via do processo coletivo, os interesses das vítimas diretas do evento deve predominar. Isso se deve ao fato de que, uma vez que seja possível identificar pessoas gravemente atingidas por um litígio coletivo, será inimaginável admitir que um legitimado coletivo demande, “em favor” dessas pessoas, uma reparação que aquela comunidade explicitamente não deseja, sem necessidade de lhe prestar qualquer esclarecimento ou deferência. Como disse Hanna Pitkin, o indivíduo é o melhor juiz de seus interesses. Em nenhum sentido é possível tratar os interesses de uma pessoa ou grupo “como totalmente objetivos e independentes de suas ideias ou desejos (...) Cada pessoa tem o direito de definir o seu próprio bem e, se ela rejeita alguma coisa, ninguém tem o direito de insistir que aquilo é o melhor para ela”<sup>143</sup>. Assim, a principal característica de um litígio local é que o legitimado coletivo atua segundo os interesses do grupo titular do direito, os quais são definidos, necessária e precipuamente, a partir de suas vontades. Por essa razão, todo litígio local é complexo e traz em si potencial considerável de conflituosidade, que só não é mais elevado porque os integrantes do grupo lesado, embora usualmente tenham interesses e opiniões diferentes em relação ao conflito, mantêm algum grau de identificação recíproca, por compartilhar a oposição ao causador da lesão. Via de regra, a conflituosidade será inversamente proporcional ao grau de coesão do grupo<sup>144</sup>.

---

<sup>142</sup> BURCH, Elizabeth Chamblee. Litigating groups. In: *Alabama Law Review*, vol. 61, n. 1, 2009, p. 1-59. Citação p. 22.

<sup>143</sup> PITKIN, Hanna Fenichel. *The concept of representation*. Berkeley: University of California Press, 1984, p. 159.

<sup>144</sup> Elizabeth Bruch oferece um exemplo simples, mas eficiente, de conflito interno em um litígio local: duas pessoas habitam uma região que sofre uma contaminação do solo. Contudo, uma pretende deixar a área, preferindo receber indenização pecuniária, enquanto outra pretende permanecer, preferindo que os recursos do réu sejam direcionados à recuperação do meio ambiente natural. BURCH, Elizabeth Chamblee. Litigating groups. In: *Alabama Law Review*, vol. 61, n. 1, 2009, p. 27. Como se percebe, se esses indivíduos pertencessem a um grupo mais coeso, como uma

O problema, então, é definir como o legitimado deve atuar para identificar esses interesses. Como se sabe, atualmente, no Brasil, o entendimento é o de que a atuação do legitimado coletivo não é condicionada a qualquer medida pré-processual. Afirma-se que a legitimidade, por decorrer da lei, independente de verificação concreta da vontade da sociedade. O autor da ação imputa um interesse à sociedade que representa, na petição inicial e se confia que caso a providência lá requerida seja inadequada, será indeferida. Por isso se chega a afirmar que a demanda coletiva constitui litígio de direito objetivo<sup>145</sup>. A presente tese sustenta o equívoco desse posicionamento, porque a atuação do legitimado coletivo se dá em função dos interesses da sociedade representada e esses interesses devem ser aferidos, precipuamente, de sua vontade, sobretudo se o litígio tem caráter local. O problema se deslocaria, então, para a aferição dessa vontade social. Conforme se demonstrou anteriormente, quando se trata de saber o posicionamento de grupos heterogêneos, as audiências públicas, embora relevantes, podem ser insuficientes para dar ao legitimado um quadro fiel da realidade<sup>146</sup>. Disso decorre a necessidade de se buscar outros métodos que poderiam ser utilizados pelo legitimado coletivo para descobrir a vontade da comunidade ausente do processo.

### 6.3.1 Metodologia de identificação da vontade da comunidade em litígios locais

Apesar da ausência de exigência legal, não é incomum que legitimados coletivos, sobretudo os membros do Ministério Público, procurem saber, antes do ajuizamento de uma ação, o que pensam os titulares dos direitos litigiosos. Via de regra, essa tentativa se dá por intermédio de reuniões, nas quais integrantes da sociedade são convidados a comparecer à unidade ministerial para tratar do assunto, ou em audiências públicas. Mais raramente, esses eventos acontecem *in loco*, quando se trata de comunidades que vivem em locais remotos.

---

comunidade indígena, é provável que ambos preferissem permanecer no local, reduzindo o potencial de conflituosidade.

<sup>145</sup> TESHEINER, José Maria. Ação popular, substituição processual e tutela do Direito objetivo. In: *Revista de Processo*, vol. 34, 2009, p. 398-404.

<sup>146</sup> V. supra, item 6.2.2.1.

O problema é que esses eventos exigem uma conduta ativa dos integrantes da sociedade, que a eles devem comparecer, tomar a palavra e expor suas posições de modo convincente, para seus pares e para o legitimado. Essa estrutura ignora as dinâmicas de poder existentes no interior do grupo. Uma audiência pública ou reunião com a palavra franqueada a todos será, com grande probabilidade, dominada pelo subgrupo majoritário que integra aquela sociedade. Isso dará ao organizador do evento a impressão de que existe uniformidade na reivindicação que se apresenta. Os dissidentes, quando estiverem presentes, se sentirão constrangidos a permanecer calados e, se falarem, soarão como apenas uma voz divergente no interior de um grupo, fora isso, homogêneo. Sua manifestação será classificada na categoria do “é impossível agradar a todos” e o legitimado dará sequência ao seu projeto processual, nos termos desejados pela maioria. Esse tipo de situação é concretamente perceptível por ocasião do término das reuniões ou audiências públicas, quando é recorrente que os integrantes da minoria tentem falar com o organizador do evento em particular, para expor posições que não se sentiram suficientemente confortáveis para apresentar publicamente.

Isso é problemático quando se pretende que um importante papel do processo coletivo é a proteção das minorias. Perceber a vontade do grupo por intermédio de eventos que favorecem a homogeneização de posições significa privilegiar as majorias em seu interior, que sempre serão capazes de expor seus interesses de modo mais articulado e convincente, enquanto as minorias permanecem cada vez mais insulares. Com isso o processo contribuirá para o reforço das estruturas de poder e para a exclusão cada vez maior daqueles que já são excluídos. Nesses termos, é interessante apresentar alguns outros mecanismos que poderiam ser utilizados para melhorar a percepção do legitimado coletivo acerca dos interesses da comunidade, para além da vontade de seu grupo dominante.

### 6.3.1.1 Pesquisas quantitativas

Ao contrário do que o imaginário jurídico parece conceber, existem inúmeros mecanismos para se conhecer a vontade de um grupo relevante, que já são aplicados em outras áreas do conhecimento e poderiam ser aplicados, com ganhos substanciais, no processo coletivo. O primeiro exemplo vem de uma experiência contemporânea recorrente: as pesquisas eleitorais. Bienalmente, são gastas expressivas quantias para a realização de centenas de pesquisas de intenção de voto, nas quais agentes contratados procuram as pessoas, nas ruas e em suas casas, em todo o país, para saber não apenas em qual candidato o entrevistado pretende votar, mas uma série de outros dados, como sua opinião sobre o governo, o índice de rejeição dos candidatos etc. Ninguém sequer cogita obter esse tipo de informação pelo uso de um método tão passivo quanto a convocação dos cidadãos a uma audiência pública, ainda que o resultado das pesquisas, por si só, lhes interesse, tanto por curiosidade, quanto pelo reconhecimento de que elas são um elemento no jogo de poder do processo eleitoral, tendo, inclusive, potencial para influenciar o seu resultado<sup>147</sup>.

No mesmo sentido, embora com periodicidade mais longa, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística elabora a Pesquisa de Orçamentos Familiares - POF<sup>148</sup>, com o objetivo de traçar o perfil socioeconômico das famílias no país. O grau de detalhamento da pesquisa é de tal modo elevado, com a exposição e análise de centenas de indicadores, que denota a possibilidade de se obter, por intermédio de metodologias adequadas de pesquisa, qualquer informação que se deseje sobre um grupo social. É certo que uma pesquisa com esse grau de detalhamento tem custo elevado, mas é improvável que um processo coletivo seja complexo ao ponto de

---

<sup>147</sup> Esse potencial das pesquisas para influenciar o resultado do evento pesquisado é um assunto bastante controverso. Ver, por exemplo, CHAMPAGNE, Patrick. *Formar a opinião: o novo jogo político*. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 1998. Ver também, em geral, BESSON, Jean-Louis. *A ilusão das estatísticas*. São Paulo: UNESP, 1995. Quanto à realização de pesquisa de intenção de voto por audiência pública, apesar de se tratar de um exemplo meramente argumentativo, as eleições mobilizam de tal forma o país que é possível que um experimento desse tipo ainda fosse mais bem sucedido que a maioria das audiências conduzidas no contexto de um processo coletivo.

<sup>148</sup> Disponível em <[http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/pesquisas/pesquisa\\_resultados.php?id\\_pesquisa=25](http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/pesquisas/pesquisa_resultados.php?id_pesquisa=25)>. Acesso em 20 Mai. 2015

exigir uma análise tão específica. Em síntese, o que se quer demonstrar é que, quando a conflituosidade do litígio indicar a necessidade de se conhecer as opiniões dos integrantes de um grupo social, para além daquilo que eles estão dispostos a manifestar publicamente, existem ferramentas metodológicas para tanto.

A ideia de se aplicar aos membros da classe algum instrumento de pesquisa que pressuponha comportamento ativo dos atores processuais, que se organizam para buscar informações, enquanto permite que os integrantes do grupo permaneçam passivos, ao contrário do que ocorre em uma audiência pública, não é exatamente nova. Ela foi sugerida por Derrick Bell, ainda na década de 1970<sup>149</sup>, relatando as dificuldades observadas por um advogado para saber qual deveria ser o conteúdo da pretensão em processos relativos a dessegregação escolar. Mesmo antes disso, o valor de pesquisas quantitativas e do uso de instrumentos estatísticos para avaliar lesões a um grupo de pessoas já era debatido nos Estados Unidos. Em casos de concorrência desleal derivada de anúncios ou marcas destinadas a confundir o consumidor, a análise é geralmente embasada na intuição do juiz ou de um perito, ou no depoimento de consumidores selecionados pelas partes, para testemunhar se foram ou não confundidos pela semelhança. Todavia, desde os anos 1950, autores apontam que o ideal seria a realização de pesquisas entre a população destinatária do produto, com técnicas estatísticas, para determinar que percentual dela de fato seria passível de lesão pela conduta apurada<sup>150</sup>.

Inicialmente, essa ideia foi vista com desconfiança pelos juristas americanos. Afinal, pela perspectiva tradicional, um terceiro só pode manifestar sua opinião sobre um litígio, de modo juridicamente relevante, na condição de testemunha, diretamente ao juiz ou a outra autoridade equivalente. O agente de pesquisa seria uma interposta pessoa, colhendo, geralmente sozinho, sem as cautelas inerentes à formalidade do

---

<sup>149</sup> “NAACP General Counsel Nathaniel Jones denies that school suits are brought only at the behest of middle class blacks, and points out what he considers to be the absurdity of attempting to poll the views of every black before a school desegregation suit is filed”. BELL JR., Derrick A. Serving Two Masters: Integration Ideals and Client Interests in School Desegregation Litigation. In: *Yale Law Journal*, vol. 85, n. 4, 1976, p. 470-516. Citação p. 492.

<sup>150</sup> WATERBURY, Lester E. Opinion surveys in civil litigation. In: *The Public Opinion Quarterly*, vol. 17, n. 1, 1953, p. 71-90. O autor defende o uso de pesquisas quantitativas, sustentando que as pesquisas qualitativas, consubstanciadas no que ele denomina “public witnesses”, são viciadas em razão da seleção da amostra pelas partes. Tratando-se de um grupo numericamente restrito, é difícil assegurar sua imparcialidade.

processo judicial, um testemunho que pode influenciar significativamente em seu resultado. Outro problema seria a definição da metodologia de realização da pesquisa. Nem sempre é simples determinar a amostra relevante, o modo de realização das perguntas, a forma como as respostas serão registradas, dentre outros problemas.<sup>151</sup>

Contudo, ainda na década de 1960, esses receios foram gradualmente superados, registrando a doutrina que “o valor de uma pesquisa consiste em ser o único meio de medir as características de um grupo, quando tais características estejam em questão”<sup>152</sup>. Em 1964, Sherman reportava que os tribunais vinham se tornando “crescentemente receptivos à admissão dos resultados de pesquisas de opinião pública para demonstrar as atitudes e preconceitos da comunidade em relação a certos delitos”<sup>153</sup>. Já nos anos 1980, as pesquisas quantitativas passaram a ser amplamente admitidas, tanto no processo civil quanto na esfera criminal<sup>154</sup>, inclusive por meio de amostragem e extrapolação estatística<sup>155</sup>. Segundo Bruce Keller, citando inúmeros precedentes, o uso dessa ferramenta probatória só é limitado pela criatividade do jurista, indo desde a demonstração da parcialidade de jurados até a definição de standards de privacidade e obscenidade<sup>156</sup>. Talvez o mais conhecido dos casos de processos relacionados a demonstrações estatísticas seja *McCleskey v. Kemp*<sup>157</sup>, no qual a tese de um condenado à morte, para demonstrar a injustiça da punição, era a de que um negro que cometesse um crime contra uma vítima branca, no estado da Georgia, tinha 4,3 vezes mais chances de ser condenado à morte do que outros homicidas. A conclusão foi obtida a partir de um estudo acadêmico que

---

<sup>151</sup> ZEISEL, Hans. The uniqueness of survey evidence. In: *Cornell Law Quarterly*, vol. 45, 1960, p. 322-346.

<sup>152</sup> Idem, citação p. 324.

<sup>153</sup> SHERMAN, Edward F. The Use of Public Opinion Polls in Continuance and Venue Hearings. In: *American Bar Association Journal*, vol. 50, 1964, p. 357-362.

<sup>154</sup> KELLER, Bruce. A survey of survey evidence. In: *Litigation*, vol. 19, n. 1, 1992, p. 23-71.

<sup>155</sup> LAHAV, Alessandra. Rough Justice (2010). Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1562677>>. Acesso em 25.11.14.

<sup>156</sup> KELLER, Bruce. A survey of survey evidence. In: *Litigation*, vol. 19, n. 1, 1992, p. 23-71. Ver também BROWN, Loren H.; HOLIAN, Matthew A.; GHOSH, Arindam. Bellwether Trial Selection in Multi-District Litigation: Empirical Evidence in Favor of Random Selection. In: *Akron Law Review*, vol. 47, n. 3, 2014, p. 663-692.

<sup>157</sup> 481 U.S. 279 (1987).

analisou mais de 500 casos e controlou 39 variáveis<sup>158</sup>. Com um resultado de cinco votos contra quatro, McCleskey teve seu pedido rejeitado e foi executado em setembro de 1991<sup>159</sup>.

Desde 1985, o *Manual for Complex Litigation*, editado pelo *Federal Judicial Center*, contempla pesquisas quantitativas como provas não apenas aceitáveis como desejáveis para certos tipos de demandas. Em sua edição atual, o Manual orienta os juízes no sentido de que os métodos estatísticos permitem determinar características de uma população ou universo de eventos a partir da observação dessas características em uma amostra relativamente reduzida do grupo. Assim, estudos quantitativos podem proporcionar substancial economia de tempo e de dinheiro na instrução do processo e, em alguns casos, serão “o único meio possível de coletar e apresentar dados relevantes”<sup>160</sup>.

O aspecto mais desafiador do uso de estudos estatísticos, tanto em geral, quanto no processo, é a escolha da amostra. Lahav aponta como características essenciais dessa definição a necessidade de que seja feita de modo imparcial e que se selecione um grupo suficientemente grande para produzir resultados confiáveis, de acordo com as variações existentes em seu interior. Para tanto, tais variações devem ser conhecidas e apreciadas, de maneira a determinar critérios para a classificação dos indivíduos em diferentes subgrupos, dos quais a amostra será colhida. Logo, o tamanho da amostra a ser pesquisada não depende do tamanho do grupo, mas sim do seu grau de homogeneidade. Um grande grupo, muito homogêneo, pode ser bem conhecido por uma amostra pequena, enquanto um grupo reduzido, mas altamente heterogêneo, demandará uma amostra maior, já que conterà em si diversos subgrupos<sup>161</sup>. Tais dificuldades não implicam a inviabilidade da tarefa. Escrevendo para o periódico da *American Statistical Association*, em 1947, Frederick Stephan e Philip McCarthy afirmavam que “um rápido progresso

---

<sup>158</sup> O estudo foi publicado anos antes de ser utilizado no caso. Trata-se de BALDUS, David C.; PULASKI, Charles; WOODWORTH, George. Comparative review of death sentences: an empirical study of the Georgia experience. In: *The Journal of Law & Criminology*, vol. 74, n/ 3, 1983, p. 661-753.

<sup>159</sup> Como se observa, a evidência estatística foi suficiente para convencer 4 juízes. A decisão é recorrentemente citada no rol das piores adotadas pela Suprema Corte em todos os tempos.

<sup>160</sup> FEDERAL JUDICIAL CENTER. *Manual for complex litigation*. 4<sup>th</sup> ed. Disponível em <<https://public.resource.org/scribd/8763868.pdf>>. Acesso em 20.11.14 Citação p. 102.

<sup>161</sup> Idem, p. 25.

ocorreu, nas últimas duas décadas, nas medições de atitudes, pesquisas de opinião e análise do que os consumidores querem. A melhoria dos métodos de amostragem da população é responsável pela maior parte do avanço”<sup>162</sup>. Retrocedendo um pouco mais, é possível encontrar, em 1931, artigo de D. D. Droba, catalogando cinco métodos utilizados por pesquisadores para mensurar a opinião pública<sup>163</sup>.

O *Manual for Complex Litigation* aconselha o juiz a supervisionar os métodos para a definição da amostra, determinando que sejam adotados parâmetros estatísticos reconhecidos pela comunidade científica, especialmente em relação à sua representatividade. Quando a pesquisa tratar de fatores subjetivos, como opiniões dos membros da classe, o juiz deve verificar, por exemplo, se as questões foram formuladas de modo claro e não tendencioso<sup>164</sup>, assim como se os procedimentos de entrevista foram seguidos pelos encarregados, de modo a garantir a objetividade do resultado<sup>165</sup>. O juiz também deve garantir que seja elaborado um relato adequado sobre os dados obtidos e que sua análise se proceda de acordo com princípios estatísticos amplamente aceitos. É patente que, para a verificação desses parâmetros, o juiz terá necessidade de se valer de peritos<sup>166</sup>. Após a conclusão da prova e entrega do relatório, o Manual sugere que o juiz lhe atribua o valor que for cabível, mesmo que sejam constatadas deficiências metodológicas.

Um óbice de complicada superação é que as características demográficas da amostra devem corresponder às da população pesquisada, mas estas serão, não raramente, desconhecidas. O legitimado coletivo ou o juiz, interessados na pesquisa, podem não ter noção exata de quem efetivamente integra o grupo, ou de suas situações individuais, o que prejudicará a definição das variáveis relevantes para a constituição da amostra. Isso pode ser solucionado de várias formas, mas

<sup>162</sup> STEPHAN, Frederick F.; MCCARTY, Philip. Sampling opinion, attitudes, and consumer wants. In: *The American Statistician*, vol. 1, n. 3, 1947, p. 6-7. Citação p. 6.

<sup>163</sup> DROBA, D. D. Methods Used for Measuring Public Opinion. In: *American Journal of Sociology*, vol. 37, n. 3, 1931, p. 410-423.

<sup>164</sup> “Quizzing the right group of people means nothing if you ask them the wrong questions or ask the questions the wrong way. Survey questions must be clear and relevant. They must not lead the interview subject”. KELLER, Bruce. A survey of survey evidence. In: *Litigation*, vol. 19, n. 1, 1992, p. 23-71. Citação p. 25.

<sup>165</sup> FEDERAL JUDICIAL CENTER. *Manual for complex litigation*. 4<sup>th</sup> ed. Disponível em <<https://public.resource.org/scribd/8763868.pdf>>. Acesso em 20.11.14. Citação p. 103.

<sup>166</sup> Idem, ibidem.



todas elas exigirão algum esforço, geralmente, consubstanciado na execução de uma pesquisa prévia, de índole qualitativa<sup>167</sup>. Por exemplo, é possível enviar questionários aos membros da classe que são conhecidos, ou realizar com eles entrevistas ou *foci groups*, que serão descritos na sequência. Também é possível tabular os dados de modo que o resultado reflita as diversas características da amostra pesquisada. Isso dará ao relatório transparência para que os interessados retirem dele as inferências que reputarem relevantes. Mesmo que o grupo como um todo possa não ser representado na população pesquisada, o estudo certamente ampliará o conhecimento dos envolvidos sobre ela<sup>168</sup>.

No caso da aplicação do método em processos judiciais, é preciso que os indicadores sejam não apenas relevantes, mas objetivamente verificáveis, para facilitar a pesquisa e permitir seu controle pelo juízo e pelas partes<sup>169</sup>. Uma vez definidas as variáveis, a pesquisa mais ampla poderá ser conduzida, pela seleção imparcial de pessoas dentro de cada subgrupo. Lahav recomenda, para a preservação da imparcialidade, a seleção aleatória<sup>170</sup>, embora, nos casos em que a pesquisa estatística vem sendo efetivamente aplicada no processo judicial norte-americano, os juízes tenham adotando a conduta de pedir ao autor e ao réu que indiquem indivíduos ou casos que consideram significativos para as suas próprias teses<sup>171</sup>.

Desse modo, desde que se defina uma amostra significativa de entrevistados, que correspondam às eventuais subdivisões do grupo, será possível, por extrapolação, obter um conhecimento aproximado das características ou opiniões de toda a

---

<sup>167</sup> Idem, p. 26.

<sup>168</sup> KELLER, Bruce. A survey of survey evidence. In: *Litigation*, vol. 19, n. 1, 1992, p. 23-71. O autor exemplifica com um caso de propaganda enganosa de camisas de times de futebol americano. O grupo utilizado na pesquisa foi baseado em toda a população dos Estados Unidos, enquanto o réu alegava que apenas os interessados no esporte poderiam ter sido considerados. Como a pesquisa havia considerado essa variável, ela continuou aproveitável.

<sup>169</sup> LAHAV, Alessandra. Bellwether Trials. In: *George Washington Law Review*, vol. 76, n. 3, 2008, p. 576-638.

<sup>170</sup> LAHAV, Alessandra. Rough Justice (2010). Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1562677>>. Acesso em 25.11.14, p. 24.

<sup>171</sup> Todo esse problema da metodologia dos julgamentos exemplificativos é muito polêmico na doutrina americana. Ver, por exemplo, FALLON, Eldon E.; GRABILL, Jeremy T.; WYNNE, Robert Pitard. Bellwether Trials in Multidistrict Litigation. In: *Tulane Law Review*, vol. 82, n. 6, 2008, p. 2323-2368. SHERMAN, Edward F. Segmenting Aggregate Litigation: Initiatives and Impediments for Reshaping the Trial Process. In: *Review of Litigation*, vol. 25, n. 4, 2006, p. 691-718.

sociedade<sup>172</sup>. É certo que em qualquer método em que se procura o conhecimento do todo por intermédio da avaliação de uma amostra parcial, há uma margem de erro, mas existe metodologia também para controlá-la. Ainda que sujeitas a falhas, as pesquisas quantitativas têm potencial para serem mais precisas que uma audiência pública, na qual o comparecimento não é, via de regra, equivalente a uma amostra significativa da classe.

Cabe ressaltar que pesquisas quantitativas também podem ser realizadas por intermédio de outros métodos, diversos da formulação de questões aos integrantes do grupo relevante. Por exemplo, é possível realizá-las por intermédio de prontuários médicos, dados epidemiológicos e qualquer outro banco de dados que contenha informações relevantes para o objeto da controvérsia. A epidemiologia foi amplamente utilizada em processos judiciais, nos Estados Unidos, gerando controvérsias processuais e doutrinárias intensas<sup>173</sup>.

### 6.3.1.2 Pesquisas qualitativas

Há, em outros ramos do conhecimento, mecanismos que poderiam ser apropriados pelos operadores do processo coletivo para avaliar as tendências e opiniões de grupos. À medida que o capitalismo se massificou, os gestores empresariais demandaram o desenvolvimento de instrumentos qualitativos que permitissem conhecer a opinião do mercado em relação aos produtos e serviços oferecidos, para adaptá-los e torná-los mais competitivos. A razão para isso é que, ao mesmo tempo

---

<sup>172</sup> Para uma abordagem introdutória e, mesmo assim, muito interessante, ver WHEELAN, Charles. *Naked Statistics: Stripping the Dread from the Data*. New York: W. W. Norton & Company, 2014.

<sup>173</sup> Ver, por exemplo, PARKER, Bruce B. Understanding epidemiology and its use in drug and medical device litigation. In: *Defense Counsel Journal*, 1998, p. 35-61; BLACK, Bert; LILIENFELD, David E. Epidemiologic proof in toxic tort litigation. In: *Fordham Law Review*, vol. 52, 1984, p. 732-785; BRENNAN, Troyen A. Causal Chains and Statistical Links: The Role of Scientific Uncertainty in Hazardous-Substance Litigation. In: *Cornell Law Review*, vol. 73, n. 3, p. 469-533. A Suprema Corte se pronunciou sobre essa questão em *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals*, 509 U.S. 579 (1993), ampliando a admissibilidade de provas científicas, mesmo em situação de incerteza, e incumbindo o juiz de distingui-las do que a Corte chamou de “junk science”. A habilidade dos juízes para concretamente distinguir entre uma coisa e outra foi questionada pela doutrina. Ver FARRELL, Margaret G. *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.: Epistemology and Legal Process*. In: *Cardozo Law Review*, vol. 15, n. 6, 1994, p. 2183-2218.

em que o consumidor deixou de ser conhecido pessoalmente pelo vendedor, como ocorria no período pré-capitalista, a produção passou a demandar investimentos cada vez maiores, que não podiam ser justificados simplesmente com base na intuição<sup>174</sup>.

Inicialmente, ainda nas primeiras décadas do século XX, essas pesquisas eram conduzidas por intermédio de entrevistas e questionários dirigidos aos consumidores, para que manifestassem sua opinião sobre um assunto. Com o passar do tempo, houve um alargamento metodológico das técnicas, passando a ser utilizados instrumentos baseados em economia, psicologia cognitiva e behaviorista. Mais recentemente, métodos interpretativos foram introduzidos como alternativa para a explicação de fenômenos ainda mal abordados pelas pesquisas anteriores. É o caso, por exemplo, do método histórico, que busca investigar as causas de mudanças no comportamento ou na opinião de um grupo ao longo do tempo<sup>175</sup>.

Nesses termos, a primeira e mais simples forma de se conhecer a opinião ou as características de um grupo é pela realização de entrevistas com alguns de seus membros. As entrevistas podem partir de questionários estruturados ou semiestruturados, para permitir que o pesquisador possa obter resultados significativos. Tal como em relação às pesquisas estatísticas, a dificuldade inicial é se definir a amostra de pessoas a serem entrevistadas. No contexto do processo coletivo, quando a reclamação é apresentada por membros de um grupo social, a realização de entrevistas apenas com as pessoas que comparecem espontaneamente pode redundar em conclusões não compatíveis com a opinião do grupo como um todo. Afinal, é natural que as pessoas sejam boas representantes de suas próprias posições, mas não de posições alheias.

Pelo menos dois *insights* do progresso histórico das pesquisas qualitativas, recorrentes na literatura, demonstram dificuldades da realização de entrevistas: quanto mais o *expert* responsável pela elaboração da pesquisa tem características pessoais diferenciadas do público pesquisado, mais provável que seus resultados

---

<sup>174</sup> HOCH, Stephen J. Who Do We Know: Predicting the Interests and Opinions of the American Consumer. In: *Journal of Consumer Research*, vol. 15, n. 3, 1988, p. 315-324.

<sup>175</sup> SMITH, Ruth Ann; LUX, David S. Historical Method in Consumer Research: Developing Causal Explanations of Change. In: *Journal of Consumer Research*, vol. 19, n. 4, 1993, p. 595-610.

sejam imprecisos. A literatura aponta que as intuições de especialistas não são melhores que as do consumidor comum<sup>176</sup>, podendo, eventualmente, ser piores, o que leva aos chamados desastres de *marketing*<sup>177</sup>. Segundo, quanto mais o pesquisador direciona a abordagem da entrevista, fazendo perguntas específicas o bastante para obter as respostas que deseja, mais provável se torna que ele obtenha resultados tendenciosos, que reflitam sua própria visão, ao invés da do grupo<sup>178</sup>. Por outro lado, a elaboração de perguntas que não encorajem uma resposta antecipada ou desejada nem sempre é tarefa simples ou incontroversa<sup>179</sup>. Quanto mais aberta a questão, menos provável que ela seja tendenciosa, mas mais difícil se tornará a análise do resultado<sup>180</sup>. Mesmo que o agente responsável pela investigação esteja consciente de que detém características distintas do público-alvo da pesquisa e, por isso, procure controlá-las ao exercitar sua tarefa, pode ser que falhe porque é difícil avaliar de que forma ou em que medida esses diferenciais atuam<sup>181</sup>. Ainda que nada disso ocorra no momento da formulação da pesquisa ou da execução das entrevistas, as tendências do pesquisador podem levá-lo a identificar incorretamente os indícios da opinião ou das características do grupo ou a sopesá-los de modo equivocado, no momento da análise dos dados<sup>182</sup>.

Há vários métodos de pesquisa qualitativa que se propõem a auxiliar na superação dessas dificuldades. Um deles é o chamado *focus group*, que consiste em uma entrevista simultânea com algumas pessoas do grupo de interesse, reunidas em um mesmo ambiente. O *focus group* surgiu na década de 1930, embora tenha se tornado mais popular nos anos 80. Seu objetivo é contornar as limitações das

---

<sup>176</sup> HOCH, Stephen J. Who Do We Know: Predicting the Interests and Opinions of the American Consumer. In: *Journal of Consumer Research*, vol. 15, n. 3, 1988, p. 315-324.

<sup>177</sup> STOCK, J. Stevens; AUERBACH, Barbara K. How not to do consumer research. In: *Journal of Marketing*, vol. 27, n. 3, 1963, p. 20-25.

<sup>178</sup> Esse fenômeno foi descrito por muitos psicólogos, com nomenclaturas variadas. Gage e Cronbach o denominaram “similaridade presumida” (assumed similarity). Ver GAGE, Nathaniel L.; CRONBACH, Lee J. Conceptual and methodological problems in interpersonal perception. In: *Psychological Review*, vol. 62, n. 6, 1955, p. 411-422.

<sup>179</sup> Uma análise completa do assunto pode ser encontrada em KVALE, Steinar e BRINKMANN, Svend. *Interviews: learning the craft of qualitative research interviewing*. 2. ed. Thousand Oaks: Sage Publications, 2009.

<sup>180</sup> KELLER, Bruce. A survey of survey evidence. In: *Litigation*, vol. 19, n. 1, 1992, p. 23-71.

<sup>181</sup> HOCH, Stephen J. Who Do We Know: Predicting the Interests and Opinions of the American Consumer. In: *Journal of Consumer Research*, vol. 15, n. 3, 1988, p. 315-324.

<sup>182</sup> Idem, p. 317.

entrevistas tradicionalmente utilizadas como métodos de pesquisa, com questionários fechados e pré-concebidos, que limitam as opções do entrevistado e implicam risco de influência não intencional do entrevistador<sup>183</sup>. O *focus group* reposiciona o entrevistador em um papel menos dominante. Os indivíduos são selecionados de acordo com seu perfil e, durante a sessão, são provocados a partir de perguntas realizadas pelo entrevistador. Contudo, essas perguntas são abertas e têm como objetivo a facilitação do debate, permitindo que os participantes manifestem sua opinião e interajam uns com os outros livremente. Elas partem de tópicos mais gerais sobre o assunto, cabendo ao moderador, com o passar do tempo, conduzir o assunto para questões mais específicas<sup>184</sup>. Assim, a coleta de dados se dá a partir da livre interação entre os indivíduos em uma discussão coletiva, criada pelo pesquisador<sup>185</sup>. *Foci groups* têm sido utilizados para a coleta de dados em campos tão variados como sociologia, ciência política, educação, saúde pública e marketing<sup>186</sup>. As maiores dificuldades do método estão na formulação das perguntas, de modo a permitir que o assunto de interesse do pesquisador venha à tona, sem direcionar indevidamente a opinião dos participantes. Fora isso, como todo método de pesquisa qualitativa, a análise dos resultados é delicada, demandando que o avaliador tenha atenção para evitar reputar como irrelevantes opiniões que não foram manifestadas em razão de algum constrangimento dos entrevistados, nem sobrevalorizar posições que podem não refletir suas verdadeiras atitudes<sup>187</sup>.

Via de regra, um *focus group* varia entre 4 e 12 indivíduos, embora mais frequentemente fique entre 5 e 10 pessoas. Com isso, ao contrário de uma audiência pública, todos têm oportunidades para se expressar com mais liberdade e durante mais tempo. Os participantes são selecionados a partir de algum tipo de homogeneidade, preferindo-se que sejam estranhos entre si, tudo de modo a facilitar a exposição livre do pensamento. Não é objetivo de um *focus group* a reunião de

---

<sup>183</sup> KRUEGER, Richard A.; CASEY, Mary Anne. *Focus groups: a practical guide for applied research*. 4<sup>th</sup> ed. Thousand Oaks: Sage Publications, Inc, 2008.

<sup>184</sup> Idem, p. 9.

<sup>185</sup> MORGAN, David L. Focus groups. In: *Annual Review of Sociology*, vol. 22, 1996, p. 129-152.

<sup>186</sup> Idem, p. 132.

<sup>187</sup> Discutindo esse e outros problemas do método qualitativo, ver MILES, Matthew B.; HUBERMAN, A. Michael; SALDAÑA, Johnny. *Qualitative Data Analysis: A Methods Sourcebook*. 3<sup>rd</sup> ed. Thousand Oaks: Sage Publications, Inc, 2014, especialmente p. 69-104.

peessoas com opiniões sabidamente divergentes, para propiciar uma discussão, porque isso provavelmente inibiria a expressão de algumas posições. Também é importante que o moderador não seja identificado imediatamente com o conflito, para evitar prejudicar a livre expressão de ideias<sup>188</sup>. O juiz, por exemplo, não seria um moderador adequado para um *focus group*, eis que os participantes, cientes de sua posição, tentariam expor opiniões capazes de influenciá-lo, mesmo que não fossem verdadeiras.

Como método de pesquisa qualitativa, o *focus group* não se propõe a resolver divergências entre os participantes, ou a fazer com que cheguem a um consenso. O objetivo é que eles discutam, influenciando e sendo influenciados uns pelos outros, assim como ocorre na realidade. Para extrair disso uma conclusão, o moderador deverá aplicar um método indutivo de análise, levando em consideração os dados de pelo menos três *foci groups* sobre o mesmo assunto<sup>189</sup> e atentando para os sentimentos, comentários e processos de pensamento dos participantes enquanto discutem os temas. Se a ideia for obter perspectivas divergentes, deverão ser realizados tantos conjuntos de *foci groups* quanto sejam as perspectivas desejadas, todos eles com participantes homogêneos<sup>190</sup>.

A literatura também atenta para o fato de que é possível e desejável que mais de um método de pesquisa qualitativa ou quantitativa sejam combinados, para se chegar a resultados mais fidedignos. É recorrente a combinação de *foci groups* com entrevistas individuais, utilizando-se um deles como instrumento principal e o outro como um método de checagem. Sabe-se que as interações entre os pesquisados e o entrevistador, individualmente, são diferentes das interações entre um grupo de indivíduos e essas diferenças podem ser relevantes para se compreender qualitativamente a dinâmica da relação objeto do estudo<sup>191</sup>. Também é possível combinar pesquisas quantitativas com métodos qualitativos. Embora Morgan anote que o design desse tipo de experimento seja complexo, já que produzem dados com

---

<sup>188</sup> KRUEGER, Richard A.; CASEY, Mary Anne. *Focus groups: a practical guide for applied research*. 4<sup>th</sup> ed. Thousand Oaks: Sage Publications, Inc, 2008, p. 7-8.

<sup>189</sup> David Morgan refere que o ideal seria de 4 a 6 grupos. MORGAN, David L. Focus groups. In: *Annual Review of Sociology*, vol. 22, 1996, p. 129-152, especialmente p. 144.

<sup>190</sup> Idem, p. 12.

<sup>191</sup> MORGAN, David L. Focus Groups. In: *Annual Review of Sociology*, vol. 22, 1996, p. 135.

enfoques diferentes, há experiências de sucesso em inúmeros campos do conhecimento. A forma de fazer a combinação depende do enfoque predominante que se pretenda atribuir ao estudo. A pesquisa quantitativa pode ser a ênfase principal, com o *focus group* atuando como elemento de apoio ao desenvolvimento das perguntas que serão encaminhadas aos indivíduos, ou como auxílio na interpretação dos resultados obtidos. Por outro lado, é possível enfatizar o *focus group*, utilizando a pesquisa quantitativa como guia de sua aplicação, para a definição dos tópicos de conversação ou delimitação dos subgrupos relevantes. O autor exemplifica com uma pesquisa médica que utilizou dados quantitativos de prontuários para definir subgrupos de pacientes e realizar *foci groups* em cada um deles, comparando, posteriormente, seus resultados. É igualmente possível utilizar a pesquisa quantitativa como fonte de dados complementares ao resultado do *focus group*<sup>192</sup>.

Longe de pretender esgotar o assunto, o objetivo do presente tópico é demonstrar é que existem métodos para que o legitimado coletivo apreenda a opinião dos ausentes que ele pretende representar no processo. Esses métodos não são novos em outros ramos do conhecimento, e nem mesmo no direito, quando se leva em consideração a experiência norte-americana. É preciso romper com a ideia de que audiências públicas são a única ou a melhor solução para a democratização dos processos relativos a qualquer tipo de litígio. Dependendo das características do grupo e do modo como as audiências forem conduzidas, elas servirão para validar conclusões parciais e, eventualmente, autoritárias. Não que a aplicação de métodos mais refinados de pesquisa seja simples ou rápida, mas há indícios consistentes de que eles seriam mais hábeis a obter melhores resultados para o grupo que se pretende beneficiar com o processo e, particularmente, para as minorias em seu seio.

---

<sup>192</sup> Idem, p. 135.

### 6.3.2 Os limites da atividade representativa nos litígios locais

Nos litígios coletivos locais, os titulares dos direitos lesados têm interesses relevantes em jogo no processo, de modo que estarão dispostos, via de regra, a contribuir com sua condução e a participar de eventos ou pesquisas necessárias a que o legitimado coletivo forme sua opinião sobre quais são os valores importantes para o grupo e como eles devem ser tutelados. É o que ocorre nos *mass torts*, nas lesões a comunidades tradicionais e, em menor medida, nos conflitos relativos ao segundo círculo dos litígios locais, como é o caso se trabalhadores, mulheres, homossexuais e outras minorias sociais. Partindo do pressuposto de que o legitimado coletivo conhece a vontade das pessoas que estão ausentes do processo, pela aplicação dos instrumentos de pesquisa anteriormente expostos, o problema passa a ser a definição do limite de sua vinculação à vontade desses indivíduos. Deveria o processo seguir a mesma lógica dos litígios globais, privilegiando a opinião de especialistas que definam a melhor solução para o grupo, ou, parafraseando o juiz Wright, permitir que especialistas decidam quando o povo está em dúvida é um argumento em favor do paternalismo e contra a democracia<sup>193</sup>?

A análise da experiência representativa norte-americana, descrita no Capítulo 4, assim como da teoria geral da representação coletiva, sustentada no Capítulo 3, deixam poucas dúvidas de que, em litígios locais, a autonomia do legitimado coletivo deve ser baixa. A sociedade democrática contemporânea não deixa espaço para a noção de que uma instituição que não suportará diretamente as consequências da decisão judicial de um conflito, que não foi escolhida pelos representados para atuar em seu nome, cujos integrantes não estão sujeitos a escrutínios efetivos de sua conduta perante o grupo, possa se arrogar a prerrogativa de saber, melhor que os titulares do direito, qual o seu interesse e como ele deve ser defendido processualmente. Pior ainda, que essa entidade possa desconsiderar os efeitos da

---

<sup>193</sup> WRIGHT, J. Skelly. Beyond discretionary justice. In: *The Yale Law Journal*, vol. 81, 1972, p. 575-597.



decisão na vida das pessoas e sustentar que litiga em nome do direito objetivo, o qual teria a prerrogativa legal de concretizar<sup>194</sup>.

Um regime democrático parte do pressuposto de que ninguém é mais capaz de avaliar seus próprios interesses que o indivíduo. Assim, a atividade processual representativa, em litígios coletivos locais, deve ser firmemente ancorada na vontade dos representados, cuja descoberta é parte do papel do representante. Como se afirmou anteriormente, o legitimado não age em nome e com autoridade própria, mas como representante de pessoas definidas, às quais ele deve se reportar, ainda mais em uma situação na qual a vida desses indivíduos será severamente impactadas pela decisão. Em outros termos, não cabe ao representante atuar do modo como julga que seja melhor para o grupo, mas do modo como julga que o grupo gostaria que ele atuasse em seu nome. A formulação da estratégia de conduta processual demanda a adoção de métodos de verificação da vontade dos representados, a partir da qual o legitimado define sua atuação.

A conduta do representante, nos litígios coletivos locais, deve ser submetida ao mais amplo e público escrutínio diante dos representados. Cabe a ele promover eventos que permitam que sua atuação seja discutida retrospectiva e antecipadamente e, se for o caso, questionada e justificada. Isso leva ao problema de saber qual deve ser o resultado de um eventual impasse. Se, expostos todos os argumentos, a vontade da sociedade representada for contrária à do representante, restaria margem para sua atuação dissociada desta? Primeiramente, essa é uma situação, embora plausível, pouco provável. Como a coletividade conhece as peculiaridades jurídicas do conflito que vivencia a partir da análise do representante, sua opinião certamente será capaz de influenciar pelo menos uma parte do grupo social<sup>195</sup>. Por outro lado, não é tão

---

<sup>194</sup> Yeazell faz observação similar, ao comentar o fato da *Rule 23* não exigir notificação dos ausentes nos processos do tipo (b)(2), nos quais a possibilidade de conflito de interesses seria mais evidente. Para o autor, isso decorre do contexto de sua elaboração. Todos os casos citados pelo comitê consultivo para justificar essa disposição são de integração racial em escolas. Concebia-se que a necessidade de integração racial era um valor público, coletivo, e não individual, de modo que seria irrelevante a posição individual de cada um dos membros da classe e, assim, desnecessária sua notificação. Eram os comandos do direito material e não a vontade da classe que governavam o processo. A influência da necessidade de implementação de um direito material teria moldado o desenho desse processo. YEAZELL, Stephen C. *From medieval group litigation to the modern class action*. New Haven: Yale University Press, 1987, p. 260. O problema é que, como demonstrou o Capítulo 5, em relação ao exemplo da dessegregação racial, mesmo quando a coincidência entre a definição formal do interesse público e o interesse das pessoas parece evidente, ela pode não ser.

<sup>195</sup> V. supra, Capítulo 4, a análise relacionada aos limites da atuação do advogado nas *class actions*.

improvável que a atuação do representante seja inconciliavelmente rejeitada por outra parcela do grupo.

Em um litígio local, dificilmente se poderá aceitar que o representante atue contra a vontade dos ausentes. Não se pode admitir que um sindicato demande contra a vontade dos trabalhadores sindicalizados, ou que o Ministério Público pleiteie, em nome dos índios, reparação que não lhes interessa. É dever do legitimado coletivo adotar alguma conduta para tratar o dissenso. A primeira e mais simples é tentar informar a sociedade das razões de sua posição, para convencê-la de seu acerto. Se o exercício dialógico falhar, a solução mais simples seria alterar a representação. Como existe uma pluralidade de possíveis representantes para qualquer grupo, é improvável que haja razão para se insistir que o legitimado litigue contra o que considera mais adequado, mas também não é aceitável que ele simplesmente imponha ao grupo sua opinião. As discussões relacionadas à necessidade de adequação da representação, delineadas no Capítulo 4, demonstram a inconveniência de se permitir que um representante atue em uma situação na qual se opõe ao resultado pretendido por aqueles a quem supostamente defende. Se o representante não se exonerar da função voluntariamente, caberá ao juiz, atento à gravidade da divergência e seu possível impacto sobre o bom andamento do processo, destituí-lo<sup>196</sup>.

Por outro lado, se a opinião do representante for compartilhada por uma parcela do grupo, o mais indicado pode ser a pluralização da representação, com a formação de subgrupos, atribuindo-se a outro legitimado a tarefa de atuar em nome dos descontentes. Em se tratando de legitimados públicos, é possível cogitar a pluralização da representação por intermédio da designação de um segundo integrante do mesmo órgão, encarregado de proteger a perspectiva divergente. Embora a formação de subgrupos, conforme descrito, seja custosa e eventualmente não contribua para a solução da controvérsia, se o litígio é local, o elevado interesse dos titulares do direito no problema exige que eles sejam representados por alguém que efetivamente compartilhe de suas crenças e esteja disposto a litigar nesse

---

<sup>196</sup> Caso o legitimado coletivo seja qualquer outro, diferente do Ministério Público, caberia a este assumir o polo ativo do processo. Na hipótese do próprio representante ministerial protagonizar o conflito, a solução usual, ainda que discutível, é a remessa dos autos ao chefe da instituição, para designação de outro membro.

sentido. Em último caso, se essa solução não for recomendável, em razão das peculiaridades do caso, o mínimo que seria esperado do representante é expor ao juiz as duas posições, a sua e a do grupo, com a maior isenção possível, para permitir que o julgador tenha ciência do dissenso<sup>197</sup>. Essa providência é a menos recomendável porque não há como garantir que o legitimado coletivo seja capaz de sustentar a posição do grupo, da qual discorda, com o mesmo vigor que apresenta a sua. O que se deve notar, independentemente da solução a ser adotada, é que a órbita de liberdade de atuação do legitimado, em relação aos ausentes, é limitada nos litígios locais.

Havendo ou não conflitos representativos, há razões para se demandar que os momentos participativos, em processos relativos a litígios locais, sejam mais frequentes e significativos que nos litígios globais. Em muitos casos, a vida dos membros da classe pode ser drasticamente alterada pelo resultado do processo. Por essa razão, a sociedade titular do direito deve ter oportunidade de participar da formulação da pretensão e acompanhar o modo como ele é tratada, em juízo ou fora dele. Isso deve se dar não apenas por intermédio de publicidade dos atos processuais e de audiências públicas, como também mediante mecanismos de verificação da opinião do grupo, por intermédio de pesquisas qualitativas e quantitativas. Se houver proposta de acordo, os integrantes da classe devem ser ouvidos e ter possibilidade de objetar a sua celebração, nos moldes das *fairness hearings* do direito norte-americano. O princípio da variância representativa opera, nos litígios locais, em grau mínimo, de modo que os processos exigirão oportunidades abundantes de participação dos ausentes.

A compreensão de todos esses elementos denota que, ao contrário do que ocorre nos litígios globais, o representante ideal para um litígio local não é um órgão público. Via de regra, os servidores públicos não compartilharão as perspectivas do grupo lesado, o que lhes acarretará dificuldades para identificar seus interesses. Os legitimados públicos podem analisar os conflitos locais como enquadrados em uma proposta mais ampla de construção social, que pode não corresponder aos interesses dos titulares dos direitos. Esse problema é mais sensível em relação aos

---

<sup>197</sup> Outras formas de pluralização da representação serão tratadas a seguir, em relação aos conflitos irradiados.

índios e outras comunidades tradicionais. Conquanto o Ministério Público Federal venha desempenhando papel importante na litigância coletiva em favor desses grupos, não existem garantias sistêmicas de que seus membros não possam exercer suas prerrogativas sob a ótica de pautas próprias, seja para tentar “evolui-los” ou “integrá-los” à sociedade dominante, seja para manter-lhes afastados de influências externas que o próprio grupo deseja receber. A forma institucionalmente mais adequada de se garantir o cumprimento das disposições da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho<sup>198</sup> seria priorizar que os próprios grupos indígenas e suas organizações associativas protagonizassem as ações de seu interesse, no exercício da capacidade processual que lhe foi assegurada pelo art. 232 da Constituição. Agrega-se a esse argumento a percepção de que uma entidade que conviva mais cotidianamente com o grupo que vivencia o litígio local é potencialmente mais motivada que um agente público para litigar vigorosamente o processo, no intuito de obter, em seu favor, uma compensação ótima, ao invés de se contentar apenas com algo razoável.

A conclusão anterior se funda apenas na construção teórica de um modelo representativo. Empiricamente, o problema é que, conforme explicitado ao final do Capítulo 4, o esquema representativo brasileiro, ao prover alternativas públicas gratuitas de litigância coletiva, desestimula os legitimados privados a se organizar para atuar em nome próprio, assumindo os custos que essa atuação implicaria. Além disso, a falta de estrutura e de representatividade das associações privadas, também já apontada, exige cautela para se considerar que o simples fato de um interesse ser representado por uma associação significa que seu desempenho é mais fidedigno aos anseios dos ausentes do que seria se ele fosse representado pelo Ministério Público. Isso dependerá de cada caso e de cada associação. Quando se trata de uma associação de vítimas de um evento específico, a probabilidade de que a representatividade seja adequada é mais elevada, pela vinculação subjetiva entre a instituição e os ausentes. Pelo contrário, em se tratando de entidades de

---

<sup>198</sup> Dispõe a Convenção, internalizada pelo Decreto 5.051/04: “Art. 7º, 1. Os povos interessados deverão ter o direito de escolher suas, próprias prioridades no que diz respeito ao processo de desenvolvimento, na medida em que ele afete as suas vidas, crenças, instituições e bem-estar espiritual, bem como as terras que ocupam ou utilizam de alguma forma, e de controlar, na medida do possível, o seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural. Além disso, esses povos deverão participar da formulação, aplicação e avaliação dos planos e programas de desenvolvimento nacional e regional suscetíveis de afetá-los diretamente”.

reduzidas dimensões e estrutura, será raro encontrar ações superiores ao que se poderia obter pela atuação do Ministério Público. Mesmo associações maiores, mais tradicionais e melhor financiadas, o que inclui os sindicatos, podem estar divorciadas da vontade de seus membros, em decorrência da tentativa de promoção de pautas própria de seus dirigentes. Essa situação foi apontada, em relação às associações espanholas, por Nieva Fennol<sup>199</sup> e, relativamente aos sindicatos brasileiros, debatida por mais de um autor<sup>200</sup>. Apesar dessas ressalvas pragmáticas, é preciso reconhecer que, do ponto de vista da estruturação de um sistema, existe maior probabilidade de que um sindicato compartilhe perspectivas com a classe trabalhadora, e uma associação de mulheres com os problemas de gênero, que o mais bem intencionado dos servidores públicos, ainda que este possa ter melhores condições materiais de desempenhar a atividade representativa. Isso não significa que os entes públicos legitimados devam se excluir desse tipo de litígio, mas que precisam agir com especial cautela e atenção aos interesses e às manifestações de vontade do grupo representado e dos subgrupos nele contidos.

### 6.3.3 Outras características do processo nos litígios coletivos locais

Tratados os problemas mais candentes dos litígios locais, que são a representação e a delimitação da vontade dos ausentes, interessa analisar algumas outras características que um modelo processual que pretendesse assegurar a adequada tutela dos direitos violados nesse contexto deveria contemplar.

Primeiramente, nesse tipo de litígio, há razões relevantes para conduzir o processo representativo do modo mais participativo possível. Outros legitimados coletivos,

---

<sup>199</sup> FENNOL, Jordi Nieva. El Procedimiento especial para La proteccion de consumidores y usuarios: lagunas, remedios e ideas de futuro. In: *Revista de Processo*, vol. 156, 2008, p. 104-136.

<sup>200</sup> Para uma discussão do problema, ver RODRIGUES, Leôncio Martins. *CUT: os militantes e a ideologia*. São Paulo: Paz e Terra, 1990; RODRIGUES, Leôncio Martins. Declínio das taxas de sindicalização: a década de 80. In: *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, vol. 13, 1998, p. 41-66; ALMEIDA, Maria Hermínia de. O sindicato no Brasil: novos problemas, velhas estruturas. In: *Revista Debate & Crítica*, vol. 6, 1975, p. 49-74. O problema, justiça seja feita aos sindicatos brasileiros, é mundial. Ver, por exemplo, HEMINGWAY, John. *Conflict and democracy: studies in trade union government*. Oxford, Claredon Press, 1978.

além do autor originário da demanda, devem ser admitidos ou mesmo convidados a atuar como parte no processo, de modo a garantir que o quadro traçado nos autos seja o mais fidedigno possível à realidade dos envolvidos. É sempre preciso ter em mente que, nesses casos, o processo é um ponto de inflexão nas vidas dos envolvidos, que poderá alterar decisivamente suas histórias pessoais a partir da decisão. Ainda que a pluralização da representação possa acarretar custo e demora, os benefícios dela decorrentes serão provavelmente capazes de suplantar os problemas. Caberá ao juiz, com o uso de técnicas antecipatórias, evitar que o ônus do tempo, decorrente da necessidade de se resguardar a qualidade da representação, recaia sobre o grupo<sup>201</sup>. Não se pode esperar que ele tenha uma representação menos que adequada, em um processo com tanto potencial para impactar sobre as vidas de seus integrantes, em nome da agilidade da prestação jurisdicional.

A atuação do legitimado coletivo deve ser pautada fortemente pela vontade dos representados. Como esses litígios são caracterizados pela alta complexidade e média conflituosidade, é provável que o representante seja obrigado a adotar medidas para ampliar as perspectivas representadas no processo, seja por intermédio de audiências, pesquisas qualitativas ou quantitativas ou pela criação de subgrupos, com representação distinta. O importante é que a pauta de interesses tratada no processo seja formulada a partir do que desejam os representados. Caso o legitimado considere que a formação da vontade dessas pessoas tem algum tipo de vício que faz com que elas queiram algo que não é de seu interesse, caberá a ele esclarecê-las e orientá-las quanto ao melhor curso de ação, ao invés de ignorá-las e demandar o que considera mais adequado. Em último caso, se o desacordo for irreconciliável, o legitimado coletivo deve considerar seriamente suas condições para o desempenho da função. Nos litígios locais, o pêndulo que oscila entre representação e participação deve favorecer o caráter participativo e a vontade dos indivíduos que serão futuramente vinculados ao resultado do processo.

Intervenções de indivíduos integrantes da classe também não devem ser vistas com maus olhos, desde que eles venham ao processo não para tratar apenas de seu

---

<sup>201</sup> Ver MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da Tutela*. 12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014; MITIDIERO, Daniel. A Técnica Antecipatória na Perspectiva do Direito Comparado. In: *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, vol. 57, 2014, p. 27-41.

caso, mas para agregar perspectivas de subgrupos em meio ao conflito. É certo que não há necessidade de que essas pessoas sejam permanentemente integradas à relação processual, com todas as consequências que isso implica – direito de ser intimado e falar nos autos, produzir provas, apresentar recursos etc. – mas também não se pode, por apego ao caráter coletivo da lide, descartar peremptoriamente tais intervenções.

O caráter local do litígio também pode ter influência na definição da competência. Atualmente, prevalece o entendimento de que a competência para as ações que envolvam mais de uma comarca ou subseção judiciária deve ser deslocada para a capital do estado, por aplicação do art. 93, II, do CDC<sup>202</sup>. Isso não é problemático quando se trata de litígios locais envolvendo categorias mais amplas, como minorias sociais, mas se o conflito é geograficamente local, como é o caso dos danos causados a grupos indígenas, a condução do processo em local distante da comunidade impactada é obviamente prejudicial à efetividade da atividade representativa. Nesse caso, a competência deve ser fixada no juízo mais próximo possível ao local do evento e, havendo mais de um, por prevenção entre eles<sup>203</sup>.

Quanto a coisa julgada, não há óbice a que ela seja *erga omnes* e *pro et contra*, oferecendo-se ao causador do dano a possibilidade de, por intermédio do processo, obter a resolução geral do litígio. Contudo, como ressalta a jurisprudência norte-americana, essa pacificação é condicionada ao fato dos interesses dos lesados terem sido efetivamente representados no processo. Se, no futuro, alguém questiona a decisão e demonstra que sua situação é diferente da que foi considerada no processo, não há que se falar em vinculação à coisa julgada anterior. Do mesmo modo, se a decisão tutelou pessoas doentes em decorrência de um evento, a descoberta futura de novas lesões a esses mesmos indivíduos, ou de doentes posteriormente diagnosticados, permitirá o ajuizamento de nova ação, já que os interesses representados no processo originário foram outros. Inexiste

---

<sup>202</sup> Ver MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 260; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. *Curso de direito processual civil coletivo*. 2. ed. São Paulo: Editora SRS, 2008, p. 211.

<sup>203</sup> No sentido do texto, embora com argumentos diversos, LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 298. Criticando a solução de concentração das ações no Distrito Federal, VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 294.

representação adequada de interesses não cogitados ou opostos àqueles tratados no processo anterior, independentemente do acervo probatório nele produzido ou da profundidade da cognição. Logo, também não pode incidir coisa julgada sobre esses interesses.

Ao final, restaria indagar se o sistema processual deveria garantir, nos litígios locais, possibilidade de *opt-out* em favor das vítimas do evento. David Rosenberg, em trabalho já citado, entende que não, demonstrando que as preferências dos indivíduos, *ex ante*, sustentariam a opção pela demanda obrigatoriamente coletiva<sup>204</sup>. Essa conclusão, embora plenamente aplicável aos litígios globais, não parece extensível aos locais. Nestes, os indivíduos serão profundamente impactados pelo resultado do processo. É improvável que a mesma pessoa esteja envolvida em dois *mass torts* ao longo de sua vida, de maneira que considerações sistêmicas deveriam ceder espaço ao imperativo da tutela adequada do direito material. O sistema processual coletivo deve ser atraente o bastante para que as vítimas desejem optar por ele, em razão da redução de custos e da possibilidade de agrupar recursos para melhor fazer frente ao causador do ilícito. Contudo, se o lesado, devidamente esclarecido, entende que sua queixa será melhor tratada individualmente, a ideia de compeli-lo a litigar em grupo parece prestigiar de modo exacerbado os interesses do sistema jurídico sobre os direitos individuais. Em situações extremas, é preciso que se atribua a cada um a prerrogativa de ser juiz de seu próprio bem-estar, arcando com as consequências de sua opção. É claro que essa prerrogativa não tem como ser aplicada se o objeto litigioso for indivisível em relação à comunidade, como é o caso das lesões a grupos indígenas ou quilombolas, cuja tutela deve incidir sobre o grupo, não sobre os indivíduos que o compõem.

---

<sup>204</sup> V. supra, item 6.2 e respectivos subitens.



#### 6.4 O processo nos litígios coletivos irradiados

De todos os tipos de litígios coletivos, certamente os que representam o maior desafio ao desenvolvimento de um modelo processual são os irradiados. A raiz do problema, em termos simples, reside no fato de que esses litígios não são apropriados para a resolução pela via do processo. Eles envolvem um vasto grupo de pessoas afetadas de modos distintos pela controvérsia, com visões diferentes sobre como ela deveria terminar e, por isso mesmo, com interesses diversos a serem representados no processo. Esses litígios estão de tal modo entranhados na vida da sociedade que é difícil elaborar um corte que permita simplificar a realidade para fazer com que ela caiba nos estreitos limites de um processo judicial que, espera-se, chegará ao fim um dia. Em razão dessas características, os litígios irradiados têm o mais elevado grau de complexidade e conflituosidade de todos os tipos propostos.

Vários exemplos foram citados, ao longo deste trabalho, de litígios coletivos irradiados. A construção de uma usina hidrelétrica em região habitada, a interrupção de uma conduta ambientalmente lesiva, mas importante para o desenvolvimento da economia local são exemplos rotineiramente verificados no Brasil. Essa categoria inclui, ainda, os chamados litígios estruturais, nos quais o objetivo é mudar o funcionamento de instituições estatais complexas, como o sistema de saúde<sup>205</sup>, ou o funcionamento de escolas e creches<sup>206</sup>. Nos Estados Unidos, já foram mencionados os problemas da dessegregação racial nas escolas e da desinstitucionalização psiquiátrica. Todos esses litígios afetam subgrupos tão diversos, de formas tão variadas, que transformar-lhes em processos civis, para que possam ser tutelados judicialmente, implica o risco de produzir uma decisão, antes de tudo, ineficaz e, caso seja aplicada, inadequada para vários dos grupos envolvidos.

---

<sup>205</sup> Ver, dentre outros, NUNES, António José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. *Os tribunais e o direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

<sup>206</sup> José Maria Tesheiner e Cátia Aida Silva mencionam a ocorrência do mesmo problema, em dois estados diferentes, São Paulo e Rio Grande do Sul: ações destinadas a obrigar o Estado a aceitar matrículas de crianças em idade inferior à definida administrativamente. Ver TESHEINER, José Maria. Jurisdição e Direito objetivo. In: *Justiça do Trabalho*, vol. 28, 2011, p. 28-37; SILVA, Cátia Aida. *Justiça em jogo: novas facetas da atuação dos Promotores de Justiça*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2001.

Entretanto, a globalização das ações coletivas<sup>207</sup>, que cada vez mais são adotadas ou estendidas nos países ocidentais, demonstra que existe um desejo de que as políticas públicas e os grandes conflitos não fiquem a cargo apenas do Poder Executivo e do Legislativo, mas estejam sujeitos a revisão judicial. As razões para esse movimento são controversas<sup>208</sup>, assim como a avaliação de seu grau de eficácia<sup>209</sup>, mas é inegável a necessidade de se construir um modelo para lidar com esses litígios, por mais imprópria que pareça sua discussão e deliberação no âmbito judicial. Passou o momento de discutir se o Poder Judiciário poderia ou deveria exercer esse papel. Ele já demonstrou que pode e que o fará. O debate premente é em que termos essa intervenção deve ser feita para que seja adequada e eficiente.

A doutrina brasileira, na linha do pensamento de Mauro Cappelletti, partiu do pressuposto de que o processo civil tradicional deveria ser “adaptado” para dar conta das necessidades da tutela coletiva<sup>210</sup> e foi exatamente isso que ocorreu<sup>211</sup>. O Código de Processo Civil foi mantido como a norma fundamental para o processamento dos litígios coletivos, com algumas de suas regras alteradas pela nova legislação. Mesmo após vinte anos de operação do sistema, na primeira década dos anos 2000, quando foram produzidos pelo menos três anteprojetos de Código de Processo Civil Coletivo e um Projeto de Nova Lei da Ação Civil Pública,

---

<sup>207</sup> HENSLER, Deborah R.; HODGES, Christopher; TULIBACKA, Magdalena. *The Globalization of Class Actions*. Thousand Oaks: Sage Publications, 2009. Ainda em 1940, Kalven e Rosenfield afirmavam que a necessidade de se providenciar tutela às lesões provocadas aos grupos era “um grande problema na administração da justiça contemporânea”. KALVEN JR., Harry; ROSENFELD, Maurice. The contemporary function of the class suit. In: *The University of Chicago Law Review*, vol. 8, 1940, p. 714.

<sup>208</sup> Ver, por exemplo, ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, 1981 e TRIBE, Laurence e MATZ, Joshua. *Uncertain Justice: The Roberts Court and the Constitution*. New York: Henry Holt and Company, 2014.

<sup>209</sup> ROSENBERG, Gerald N. *The Hollow Hope: can courts bring about social change?* 2. ed. Chicago: The University of Chicago Press, 2008.

<sup>210</sup> CAPPELLETTI, Mauro. O acesso à justiça e a função do jurista em nossa época. In: *Revista de Processo*, vol. 61, 1991, p. 144-160. O autor menciona que “Próprio no âmbito desta “terceira onda” são vistos aqui também os estudos, e a reforma, em tese a realizar-se de forma” diferenciada da tutela, adaptando-a, isto é, às características e exigências particulares de certas situações pelas quais o processo ordinário se revela estruturalmente e funcionalmente inadequado”.

<sup>211</sup> Michele Taruffo assim se referiu ao processo coletivo brasileiro: “In: the last couple of decades, the movement toward the protection of collective and diffuse interests—and therefore in favor of group or class litigation—has accelerated and, in some systems, has produced relevant outcomes. Probably the most advanced achievement is the Brazilian Consumer Code that introduced a U.S.-type form of class action in 1990, with interesting and original procedural adaptations”. TARUFFO, Michele. Some remarks on group litigation in comparative perspective. In: *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 11, 2001, p. 405-421. Citação p. 412.

todas as propostas seguiam esse mesmo pressuposto, que é a adaptação do sistema processual vigente. Conforme os próximos itens demonstrarão, a simples adaptação é insuficiente para lidar com os litígios irradiados.

#### 6.4.1 O processo coletivo estrutural

Os exemplos de litígios irradiados citados até aqui e, de modo especial, o estudo comparativo dos conflitos decorrentes dos litígios relativos à desinstitucionalização psiquiátrica, elaborado no Capítulo 5, fornecem um bom pano de fundo para a análise de uma questão tormentosa para a doutrina norte-americana, já há algumas décadas: é possível reformar instituições por intermédio do processo? No Brasil, houve um intenso debate acerca da legitimidade da intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas<sup>212</sup>, a partir da discussão, por exemplo, dos problemas decorrentes do custo dessas intervenções e sua relação com a cláusula de reserva do possível<sup>213</sup>. A posição favorável prevaleceu no Supremo Tribunal Federal<sup>214</sup>, de modo que a exposição partirá desse pressuposto para discutir os óbices processuais à efetividade da intervenção, também em perspectiva comparativa com a experiência norte-americana<sup>215</sup>.

<sup>212</sup> Para citar apenas alguns autores, com os mais variados marcos teóricos e propostas: APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*. Juruá: São Paulo, 2005; GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. In: *Revista de Processo*, ano 33, n. 164, 2008. p. 9-28; PONTES FILHO, Valmir. *O controle das políticas públicas*. São Paulo: Malheiros, 2003; PALU, Osvaldo Luiz. *Controle dos atos de governo pela jurisdição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004; FREIRE JR., Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. KRELL, Andreas. *Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais: a Constituição concretizada construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000; CANELA JR., Osvaldo. *Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011.

<sup>213</sup> Também a título de exemplo, ver SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

<sup>214</sup> Ver, por exemplo, AgRAI 474.444/SP, Rel. Min. Marco Aurélio; AgRRE 410.715/SP, Rel. Min. Celso de Mello; AGRRE 436.996/SP, Rel. Min. Celso de Mello.

<sup>215</sup> No Brasil, poucos autores se dedicaram ao estudo do processo coletivo estrutural. Ver, entretanto, o interessante trabalho de ARENHART, Sérgio Cruz. *Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro*. Disponível em <[https://www.academia.edu/9132570/Decisões\\_estruturais\\_no\\_direito\\_processual\\_civil\\_brasileiro](https://www.academia.edu/9132570/Decisões_estruturais_no_direito_processual_civil_brasileiro)>. Acesso em 6.6.15. Ver também VIOLIN, Jordão. *Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural*. Salvador: Editora Juspodivm, 2013; JOBIM, Marco Félix. *Medidas estruturantes: da Suprema Corte estadunidense ao Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

Nos Estados Unidos, o esforço para se impor judicialmente a realização de valores públicos, “talvez o mais ambicioso exercício de poder jurisdicional”, ficou conhecido como *public law litigation*, ou ações de interesse público. Esse movimento surge em meados da década de 1950, com os esforços para o combate à segregação escolar, sendo rapidamente expandido para o racismo e a discriminação em outros setores, a reforma de prisões, hospitais, combate a comportamentos ambientalmente lesivos, dentre outras formas de realização de direitos fundamentais (*civil rights*)<sup>216</sup>. Desde o início, o movimento foi confrontado com o fato de que, para se realizar o intento buscado no processo, havia necessidade de se romper com a estrutura tradicional direito-obrigação-violação-reparação. Indenizar aqueles que sofreram com o ilícito é ineficaz para se atingir o objetivo de realizar o interesse público, porque não se impede que as violações continuem ocorrendo. Há necessidade tomar a violação como ponto de partida, mas não para indenizar o lesado, e sim encontrar formas para cessar o comportamento que a origina ou o contexto estrutural que a favorece. Em segundo lugar, notou-se a possibilidade de que fosse necessário, para alcançar esse objetivo, a reorganização de toda uma instituição pública, com a alteração de seus processos internos, de sua estrutura burocrática e da mentalidade de seus agentes, para que ela passasse a cumprir sua função de acordo com o valor afirmado pela decisão<sup>217</sup>.

Esse problema nasceu quando as luzes se apagaram em *Brown v. Board of Education*. O *Chief Justice* Warren, responsável pela decisão, adotou a posição de que ela deveria expressar um consenso da Corte, pois a mudança de entendimento que se pretendia realizar seria enfraquecida pela existência de votos vencidos. O preço a pagar foi o grau de detalhamento do voto publicado. Basicamente, *Brown* diz apenas que a segregação é ilegal. Quando chega o momento de determinar o que fazer para resolvê-la, a Corte afirma<sup>218</sup>:

---

<sup>216</sup> Escolas e hospitais já foram bastante referidos anteriormente. Sobre as prisões, ver STURM, Susan. Legacy and Future of Corrections Litigation. In: *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 142, n. 2, 1993, p. 639-738.

<sup>217</sup> FISS, Owen. The Allure of Individualism. In: *Iowa Law Review*, vol. 78, n. 5, 1993, p. 965-980. Ver também FISS, Owen. *The civil rights injunction*. Bloomington: Indiana University Press, 1978. Para uma exposição do papel positivo do processo no combate ao regime do apartheid, na África do Sul, ABEL, Richard L. *Politics by other means: law struggle against apartheid, 1980-1994*. New York: Routledge, 1995.

<sup>218</sup> *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954).

Porque essas são ações coletivas e por causa da ampla aplicabilidade dessa decisão, e em razão da grande variedade de condições locais, a formulação de ordens nesses casos apresenta problemas de considerável complexidade. (...) De modo que nós tenhamos a total assistência das partes para formular essas ordens, os casos serão devolvidos aos juízos e as partes são convidadas a apresentar novos argumentos...

Fica claro que a Suprema Corte disse “o que”, mas não disse “como”. Esse segundo momento, que ficou conhecido, embora não tanto quanto o primeiro, como *Brown II*<sup>219</sup>, confirmou a impressão de que a Suprema Corte iria se abster de responder às perguntas difíceis remanescentes. A Corte devolveu os casos pendentes aos juízos de origem para “adotar providências compatíveis com esse julgamento, expedindo as ordens para tanto necessárias, de modo a fazer com que as partes ingressem em escolas públicas não segregadas com base em raça, com a máxima urgência”. Não foi fixado qualquer parâmetro concreto, de modo ou de tempo, para que se produzisse ou avaliasse uma alteração que significava, na prática, mudar todo o sistema educacional de diversos estados.

Assim, os juízes inferiores começaram a criar modos de implementar essa decisão, voltando-se para o uso de *injunctions*, ordens judiciais que estabelecem obrigações de fazer ou não fazer. Embora já existissem há muito tempo no sistema americano, sendo originárias das cortes de *Equity*, as *injunctions* foram pouco utilizadas na primeira metade do século XX, em razão dos entendimentos jurisprudenciais então vigentes. Na era pós-*Brown*, elas se tornariam o principal instrumento para determinar que os servidores públicos encarregados da organização escolar adotassem comportamentos tendentes à dessegregação<sup>220</sup>, em meio à forte resistência política e popular em algumas localidades<sup>221</sup>. As *injunctions* emitidas nesse contexto de afirmação de direitos fundamentais (*civil rights*), ou seja, *public*

<sup>219</sup> *Brown v. Board of Education of Topeka*, 349 U.S. 294 (1955).

<sup>220</sup> FISS, Owen. The Allure of Individualism. In: *Iowa Law Review*, vol. 78, n. 5, 1993, p. 965-980.

<sup>221</sup> Basta exemplificar com o *Southern Manifesto*, documento assinado, em 1956, por 101 políticos de vários estados do sul do país, no qual se lia: “We regard the decisions of the Supreme Court in the school cases as a clear abuse of judicial power. It climaxes a trend in the Federal Judiciary undertaking to legislate, in derogation of the authority of Congress, and to encroach upon the reserved rights of the States and the people. (...) This unwarranted exercise of power by the Court, contrary to the Constitution, is creating chaos and confusion in the States principally affected. It is destroying the amicable relations between the white and Negro races that have been created through 90 years of patient effort by the good people of both races. It has planted hatred and suspicion where there has been heretofore friendship and understanding”.

*law litigation*, foram denominadas por Owen Fiss *civil rights injunctions*<sup>222</sup>. Logo, há uma categoria de ações de interesse público, que se valem de ordens judiciais que impõem obrigações de fazer ou não fazer para a realização de direitos fundamentais. Quando há necessidade de, para atingir o objetivo de tutela de um direito fundamental, reformar instituições inteiras, as ordens judiciais respectivas ficaram conhecidas como *structural injunctions*.<sup>223</sup> Assim, a referência ao processo coletivo estrutural é aplicável aos casos em que a pretensão coletiva não é apenas de imposição de um comportamento, mas a realização de uma alteração estrutural na organização pública, com o objetivo de potencializar o comportamento desejado no futuro<sup>224</sup>.

Do ponto de vista prático, os problemas apontados em relação ao processo coletivo estrutural são de que ele não consegue cumprir o papel a que se propõe e desvia os esforços e o foco social do debate político para os tribunais, desmobilizando os grupos que pretende proteger<sup>225</sup>. Apesar disso, a doutrina mais progressista o considera, ainda que imperfeito, indispensável como estratégia de mudança social<sup>226</sup>. O seu sucesso motivou uma reação conservadora, restritiva da aplicação das *structural injunctions*, a partir da presidência do Juiz Burger na Suprema Corte<sup>227</sup>. Além das implicações políticas, alguns estudos lançaram dúvidas

<sup>222</sup> FISS, Owen. *The civil rights injunction*. Bloomington: Indiana University Press, 1978.

<sup>223</sup> Via de regra, as instituições reformadas são públicas, mas há quem aponte a ocorrência de reformas estruturais, pela via processual, em grandes empresas privadas. Ver GARRETT, Brandon L. Structural Reform Prosecution. In: *Virginia Law Review*, vol. 93, 2007, p. 853-957.

<sup>224</sup> Afirma Owen Fiss que *structural injunction* é “the formal medium through which the judiciary seeks to reorganize ongoing bureaucratic organizations so as to bring them into conformity with the Constitution”. FISS, Owen. The Allure of Individualism. In: *Iowa Law Review*, vol. 78, n. 5, 1993, p. 965.

<sup>225</sup> V. supra, item 6.4.4.

<sup>226</sup> CUMMINGS, Scott L. e RHODE, Deborah L. Public interest litigation: insights from theory and practice. In: *Fordham Urban Law Journal*, vol. 36, n. 4, 2009, p. 603-652.

<sup>227</sup> Susan Sturm aponta as seguintes características do processo coletivo estrutural:

“1. Because the relevant liability norms consist of generally articulated, aspirational norms to be implemented in differentiated contexts, they do not dictate the content of the remedy in particular cases;  
2. The type of fact-finding needed to devise remedial judgments is predictive and aimed at problem solving rather than at determining truth and responsibility;  
3. The targets of remedial activity tend to be organizations and systems involving participants with differing perspectives on, and interests in, the remedy; and  
4. Participation in the formulation of a remedy serves an independent value because of the importance of cooperation and respect for the authority of public entities in achieving compliance”. STURM, Susan. A Normative Theory of Public Law Remedies. In: *Georgetown Law Journal*, vol. 79, n. 5, 1991, p. 1377.

pertinentes sobre a eficácia dos esforços para se produzir mudança social por intermédio de processos judiciais. Joel Handler analisou trinta e cinco casos no Judiciário federal americano, encontrando tanto experiências de sucesso como de fracasso, este geralmente relacionado não à definição dos novos parâmetros desejados, mas aos obstáculos concretos para a sua implementação. Quando muitas modificações são necessárias, em toda a dimensão da estrutura burocrática da instituição, existe maior risco de que a decisão seja ineficaz<sup>228</sup>. Gerald Rosenberg sustenta que a eficácia da mudança social por intermédio dos tribunais depende da presença de pelo menos uma entre quatro condições que delineia e da superação de três limitações inerentes à atividade jurisdicional. Estas seriam a natureza vinculada das decisões às previsões legais e constitucionais<sup>229</sup>, a falta de independência efetiva do Judiciário em relação aos demais poderes, considerando a forma como os membros dos tribunais superiores são escolhidos e a falta de instrumentos para desenvolver e implementar concretamente suas decisões. Já as condições que deveriam estar disponíveis para superar as limitações consistiriam na existência de outros atores que ofereçam incentivos positivos ou imponham custos para induzir o cumprimento das ordens, na possibilidade de que as decisões sejam implementadas pelo mercado, independentemente do setor público ou no fato da decisão funcionar como um escudo, uma justificativa para a implementação de políticas que as autoridades destinatárias já desejavam adotar. Se as limitações forem superadas e alguma das condições estiver presente, é possível que os tribunais alcancem ou auxiliem na realização de mudanças sociais significativas. Analisando grande quantidade de dados empíricos, Rosenberg não considera que a dessegregação racial efetiva tenha decorrido, direta ou indiretamente, da decisão de *Brown*, ou de quaisquer outras decisões judiciais que a seguiram, mas sim dos movimentos em prol dos direitos humanos da década de 1960<sup>230</sup>. Por outro lado, no

---

<sup>228</sup> HANDLER, Joel F. *Social Movements and the Legal System: Theory of Law Reform and Social Change*. New York: Academic Press, 1979.

<sup>229</sup> Ovídio Baptista da Silva faz consideração análoga em relação às limitações de poder do juiz, embora em contexto distinto. Ver SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 114: "... a ideia de que a missão do juiz reduz-se a ser o 'oráculo da lei', cabendo-lhe apenas revelar-lhe a 'vontade', tarefa que pressupõe isso que nossa doutrina indica como 'cognição exauriente'".

<sup>230</sup> ROSENBERG, Gerald N. *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?* 2. ed. Chicago: The University of Chicago Press, 2008.

caso do aborto, *Roe v. Wade*<sup>231</sup> conseguiu obter, pelo menos parcialmente, os resultados que se esperava, porque a expansão de clínicas privadas, especializadas em realizar o procedimento, permitiu que o mercado fornecesse as condições necessárias, independentemente das instituições públicas.

Há autores que advogam visões mais otimistas. Cummings e Rhode apontam que o processo pode trazer benefícios indiretos para a melhoria institucional, como o aumento de visibilidade de uma causa, auxiliando a colocar em movimento outras forças sociais que permaneceriam alheias ao problema<sup>232</sup>. Também relembram que a avaliação dos ganhos decorrentes de um processo deve ser feita de acordo com as alternativas existentes. A afirmação de que o resultado do processo coletivo é insatisfatório não deveria ser feita sem que se apontasse qual instrumento poderia ter gerado o efeito esperado. Na maioria dos casos, a alternativa ao processo é a manutenção do *status quo*, porque nenhuma outra ferramenta de mudança social se apresenta com potencial concreto para fazer a alteração que se pretende.

Esse raciocínio é aplicável, por exemplo, à edição da Sumula Vinculante nº 13, pelo Supremo Tribunal Federal, proibindo o nepotismo. Há inúmeras críticas que podem ser dirigidas a sua edição, tanto em termos formais – inovação na ordem jurídica, ausência do pressuposto de reiteração de julgados – quanto em termos materiais – a súmula é mais abrangente do que deveria, transformando em nepotismo inúmeras situações que efetivamente não são. Contudo, em essência, a Súmula atendeu a um anseio, senão popular, pelo menos da comunidade jurídica, enquanto, no legislativo federal pendia, desde 1996, a Proposta de Emenda Constitucional 334/96, com esse mesmo objetivo, mas sem perspectiva de aprovação. Assim, o Supremo Tribunal Federal, por intermédio do processo, fez a alteração estrutural que o legislativo não foi capaz de fazer, após mais de uma década de discussão. Isso não significa endossar um raciocínio de que cabe ao Judiciário o papel de guardião de todas as esperanças do povo. Quer dizer apenas que, dentre outros vários elementos, se deve considerar, na crítica ao processo coletivo, a aptidão dos outros canais de poder para promover as mudanças que pretendidas pelo grupo social. “As limitações

---

<sup>231</sup> 410 U.S. 113 (1973)

<sup>232</sup> CUMMINGS, Scott L. e RHODE, Deborah L. Public interest litigation: insights from theory and practice. In: *Fordham Urban Law Journal*, vol. 36, n. 4, 2009, p. 610.



do processo não podem ser avaliados no vácuo<sup>233</sup>”, mas apenas à luz das alternativas existentes.

Afirmar teoricamente que o objetivo do processo coletivo estrutural é a remediação da situação que originou a violação de direitos nele descrita é bastante simples<sup>234</sup>. Todavia, como exemplifica o caso da desinstitucionalização psiquiátrica, na prática pode não ser fácil sequer saber o que se espera do processo. Se as ações relativas ao fornecimento de medicamentos e outras prestações de saúde, no Brasil, fossem transformadas em um grande litígio estrutural para reforma do Sistema Único de Saúde – o que, em vários aspectos, seria desejável – é de se imaginar a controvérsia que surgiria para se determinar qual seria o objetivo final do processo. De todo modo, mesmo que a reestruturação institucional pretendida seja clara, sempre haverá dificuldades concretas para se modificar a instituição.

Susan Sturm exemplifica o problema com o julgamento de um caso relacionado a violência e más condições sanitárias em prisões. Nessa situação, o objetivo a ser alcançado é muito claro, mas existem múltiplas formas de fazê-lo e a lei não indica qual deve ser adotada<sup>235</sup>. A decisão de mérito que considera o Estado responsável pelas más condições não dá qualquer indicativo do caminho a ser seguido para que o problema deixe de existir. O juiz poderia simplesmente devolver o caso para a administração, sem estabelecer critério algum. Alguns, como relata a autora, efetivamente o fazem, estabelecendo apenas a meta final de resultado e atribuindo ao réu a prerrogativa de decidir os meios para alcançá-la<sup>236</sup>. Roberto Berizonce também expõe que, no caso Beatriz Mendoza, a Suprema Corte argentina

---

<sup>233</sup> Idem, p. 612.

<sup>234</sup> STURM, Susan. A Normative Theory of Public Law Remedies. In: *Georgetown Law Journal*, vol. 79, n. 5, 1991, p. 1355-1446.

<sup>235</sup> “Should the court order the defendants to hire more guards, reduce the prison population, establish screening and training programs for guards, eliminate the inmate trustee system, introduce work and educational programs, improve the classification system, restrict the movement of inmates in the prison or require unit management? There is no single correct remedial approach dictated by the eighth amendment”. STURM, Susan. A Normative Theory of Public Law Remedies. In: *Georgetown Law Journal*, vol. 79, n. 5, 1991, p. 1363. O Brasil também viveu esse problema, não relacionada ao processo, mas às dificuldades inerentes da política carcerária, no caso do Presídio de Pedrinhas, no Maranhão, em 2013-2014. Questões políticas à parte, nem mesmo quando o caso ganhou atenção da mídia nacional, as medidas adotadas foram suficientes para fazer cessar a violência entre os presos.

<sup>236</sup> STURM, Susan. A Normative Theory of Public Law Remedies. In: *Georgetown Law Journal*, vol. 79, n. 5, 1991, p. 1368.

determinou aos réus a apresentação de um plano integrado e completo que, com base no princípio da progressividade, estabelecesse um cronograma de metas parciais que acarretassem a progressiva despoluição do curso de água objeto do litígio<sup>237</sup>. A ressalva que se pode apresentar a esse mecanismo é que, embora pareça eficiente, ele desconsidera que a causa do processo existir é exatamente a inaptidão daquele mesmo órgão para cumprir suas obrigações constitucionais. Devolver a ele a obrigação que não cumpriu, em situações cujos parâmetros de realização do direito material são vagos, provavelmente resultaria em tentativas de alcançar apenas formalmente o indicador estabelecido, sem fazer mudanças significativas nas rotinas que levaram ao problema e, com isso, sem benefícios concretos para os beneficiários da decisão. Apenas com envolvimento judicial, que vá além do recebimento e análise de relatórios, essa técnica tem alguma chance de ser bem sucedida<sup>238</sup>.

Para tanto, uma estratégia possível é o que Sturm chama de modelo de barganha ou de negociação. O juiz adjudica as metas finais de modificação da instituição e apenas exerce o papel de mediador para a eleição dos meios, que são decididos pela negociação entre as partes. Isso pode se dar com a intimação das mesmas para que produzam propostas nos autos, ou realizem reuniões, com ou sem a supervisão de terceiros, tudo sob pena do juiz decidir em desfavor da parte que não cooperar. Isso ocorreu, por exemplo, no processo de dessegregação das escolas em Saint Louis, no qual Bruce La Pierre atuou como *special master* na mediação de um acordo, convertendo a ordem inicial de dessegregação, redigida em dez páginas em espaçamento duplo, em um acordo de setenta e cinco páginas em espaçamento simples, com duzentas e setenta páginas de apêndices, descrevendo detalhadamente os programas que deveriam ser adotados para a melhoria da qualidade de ensino nas escolas<sup>239</sup>.

---

<sup>237</sup> BERIZONCE, Roberto Omar. Los conflictos de interés público. In: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, vol. 1, 2015, p. 161-188. Também favorável a essa ideia é a posição de COSTA, Eduardo José da Fonseca. A “execução negociada” de políticas públicas em juízo. In: *Revista de processo*, vol. 212, 2012, p. 25 e ss.

<sup>238</sup> YEAZELL, Stephen C. Intervention and the idea of litigation: a commentary on the Los Angeles school case. In: *UCLA Law Review*, vol. 25, 1977, p. 258.

<sup>239</sup> LA PIERRE, D. Bruce. Voluntary interdistrict school desegregation in St. Louis: the special master's tale. In: *Wisconsin Law Review*, 1987, p. 1000.

O terceiro modelo possível é o que Stephen Yeazell chamou, com rara felicidade, de *town meeting*<sup>240</sup>. O juiz, nesse modelo, toma a frente da direção do processo, delimitando as questões relevantes e a produção de provas<sup>241</sup>, para fomentar eventos de diálogo ampliado com a sociedade impactada, nos moldes da atuação de órgãos administrativos ou legislativos. Realizam-se audiências e eventos públicos para permitir a participação direta e informal de uma ampla gama de interessados<sup>242</sup>. Isso ajuda a contornar o problema do grande número de pessoas que serão impactadas pelo processo e a diversidade de situações fáticas nas quais elas se encontram, o que “torna desejável que o juiz ouça pelo menos alguns grupos afetados, até mesmo (ou especialmente) aqueles que estão descontentes com medida que será aplicada”<sup>243</sup>. Os eventos podem servir para registrar insatisfações, verificar se a solução pretendida é razoavelmente factível, apontar falhas nas propostas ou indicar alternativas. Além disso, o modelo também permite que os fatos sejam constantemente reanalisados, já que os contextos dos litígios estruturais são, por natureza, mutáveis. “O juiz usa sua posição central no processo para lançar influência muito além dos limites imediatos do caso que está diante dele, avaliando o impacto dos resultados de dentro do tribunal na distribuição de influência fora dele”<sup>244</sup>.

O modelo do *town meeting* pode ser conduzido não diretamente pelo juiz, mas por um *special master* por ele designado, com poderes variáveis em cada caso<sup>245</sup>. O

<sup>240</sup> YEAZELL, Stephen C. Intervention and the idea of litigation: a commentary on the Los Angeles school case. In: *UCLA Law Review*, vol. 25, 1977, p. 244-260.

<sup>241</sup> Esse perfil foi descrito por Judith Resnik como *managerial judge*, um juiz coordenador do processo. Em sede de conhecimento, essa ideia não é tão nova para um leitor desvinculado do sistema adversarial prevalente nos Estados Unidos. Na execução, todavia, o juiz brasileiro é tão afastado da direção do processo quanto o americano. Ver RESNICK, Judith. Managerial Judges. In: *Harvard Law Review*, vol. 96, 1982, p. 376-448.

<sup>242</sup> STURM, Susan. A Normative Theory of Public Law Remedies. In: *Georgetown Law Journal*, vol. 79, n. 5, 1991, p. 1370.

<sup>243</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>244</sup> DIVER, Colin S. The Judge As Political Powerbroker: Superintending Structural Change in Public Institutions. In: *Virginia Law Review*, vol. 65, n. 1, 1979, p. 43-106.

<sup>245</sup> A *Rule 53* regula a figura dos special masters no processo civil federal e dispõe:

(a) Appointment.

(1) Scope. Unless a statute provides otherwise, a court may appoint a master only to:

(A) perform duties consented to by the parties;

(B) hold trial proceedings and make or recommend findings of fact on issues to be decided without a jury if appointment is warranted by:

(i) some exceptional condition; or

(ii) the need to perform an accounting or resolve a difficult computation of damages; or

*special master* é um estudioso com grande expertise em ações coletivas – geralmente um ex-juiz ou professor universitário – ou na área do conhecimento especificamente relacionada ao caso<sup>246</sup>. Ele exerce uma variedade de funções no processo civil nos Estados Unidos. Pode ser nomeado para facilitar a obtenção de um acordo, em papel análogo ao de um mediador<sup>247</sup>, para revisá-lo, depois de pronto ou, na fase de execução, para auxiliar o juiz com as providências e decisões necessárias a implementá-lo. Pode também supervisionar a produção de provas, presidir audiências e fazer relatórios ou recomendações ao juízo, acerca das matérias submetidas a sua apreciação<sup>248</sup>. O *special master* é remunerado com as verbas decorrentes do acordo, ou por uma das partes, conforme determinação judicial<sup>249</sup>. O trabalho desses profissionais foi particularmente relevante nas demandas relacionadas aos *mass torts* de grandes proporções, como as relativas ao

---

(C) address pretrial and posttrial matters that cannot be effectively and timely addressed by an available district judge or magistrate judge of the district.

(...)

(b) Order Appointing a Master.

(...)

(2) Contents. The appointing order must direct the master to proceed with all reasonable diligence and must state:

(A) the master's duties, including any investigation or enforcement duties, and any limits on the master's authority under Rule 53(c);

(B) the circumstances, if any, in which the master may communicate ex parte with the court or a party;

(C) the nature of the materials to be preserved and filed as the record of the master's activities;

(D) the time limits, method of filing the record, other procedures, and standards for reviewing the master's orders, findings, and recommendations; and

(E) the basis, terms, and procedure for fixing the master's compensation under Rule 53(g).

<sup>246</sup> Em relação ao direito brasileiro, ele ocuparia uma posição análoga à de um perito, embora a analogia seja apenas relativa. O *special master* exerce, nos Estados Unidos, um papel mais próximo ao juiz, quase como um assessor pessoal, muito distinto da burocratizada função regulada pelos arts. 420 e ss. do CPC.

<sup>247</sup> FEINBERG, Kenneth R. Creative use of ADR: the court-appointed special settlement master. In: *Albany Law Review*, vol. 59, 1996, p. 881-893.

<sup>248</sup> Uma descrição dessa atividades, no contexto de litígios ambientais, está em FREILICH, Robert H. The Use of a Special Master in Complex Environmental Litigation. In: *The Urban Lawyer*, vol. 29, n. 1, 1997, p. 1-12. O autor foi nomeado *special mater* em *United States v. Conservation Chemical co.*, até aquele momento, o maior litígio em matéria ambiental nos Estados Unidos.

<sup>249</sup> O projeto de Lei 5.139/09, nova Lei da Ação Civil Pública, pretende estabelecer uma figura análoga à do *special master*, dispondo, em seu art. 27, §2º, que “§ 2 Para fiscalizar os atos de liquidação e cumprimento da sentença do processo coletivo, poderá o juiz nomear pessoa qualificada, que terá acesso irrestrito ao banco de dados e à documentação necessária ao desempenho da função”. Em dissertação de mestrado, ofereceu-se crítica à redação do dispositivo, por não especificar precisamente quais seriam as funções exercidas por essa pessoa nem por quem ela seria remunerada. Ver. VITORELLI, Edilson. *A execução coletiva pecuniária: uma análise da (não) reparação do dano coletivo no Direito brasileiro*. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Orientadora: Professora Dra. Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau. Belo Horizonte: UFMG, 2011.

amianto e ao *agent orange*<sup>250</sup>, mas seu uso é amplo e vai além do processo coletivo. Eles tiveram papel de relevo na condução dos litígios estruturais que encerraram a segregação escolar<sup>251</sup> e é possível encontrar exemplos de atuação desses profissionais até mesmo em processos relativos a propriedade intelectual<sup>252</sup>. *Special masters* também são nomeados extrajudicialmente, como ocorreu com Kenneth Feinberg, para gerir o fundo criado pelo Congresso americano para compensar as vítimas dos atentados de 11 de setembro de 2001<sup>253</sup>.

Curtis Berger, nomeado *special master* em *Hart v. Community School Board*<sup>254</sup>, um caso de dessegregação escolar, relata que, embora tivesse possibilidade de realizar audiências formais, optou por não fazê-lo, na tentativa de evitar que as partes se entrincheirassem em suas posições. A ideia de Berger era mobilizar um consenso, para obter um plano de dessegregação com o qual a comunidade pudesse conviver. Para tanto, ele realizou encontros informais com uma grande variedade de atores, inclusive os gestores escolares, as associações de pais de alunos, a NACCP e alguns habitantes negros da região, o prefeito e diversos órgãos municipais que seriam, de certo modo, impactados pela nova distribuição dos alunos. O processo ainda envolveu a realocação de mil famílias, em razão de mudanças urbanísticas que aconteciam simultaneamente e, embora não relacionadas à questão em si,

<sup>250</sup> Ver RATLIFF, Jack. Special Master's Report in *Cimino v. Raymark Industries, Inc.* In: *The review of litigation*, vol. 10, 1991, p. 521-546, narrando a atuação do autor como *special master* em um caso de contaminação por amianto. O mais celebrado de todos os *special masters* talvez seja Francis McGovern, que narra duas de suas atuações em litígios sobre amianto no Texas em MCGOVERN, Francis E. Resolving Mature Mass Tort Litigation. In: *Boston University Law Review*, vol. 69, 1989, p. 659-694.

<sup>251</sup> ARONOW, Geoffrey F. The Special Master in School Desegregation Cases: The Evolution of Roles in the Reformation of Public Institutions Through Litigation. In: *Hastings Constitutional Law Quarterly*, vol. 7, 1980, p. 739-775; BERGER, Curtis J. Away from the court house and into the field: the odyssey of a special master. In: *Columbia Law Review*, vol. 78, n. 4, 1978, p. 707-738; LA PIERRE, D. Bruce. Voluntary interdistrict school desegregation in St. Louis: the special master's tale. In: *Wisconsin Law Review*, 1987, p. 971-1040.

<sup>252</sup> CREEL, Thomas L. MCGAHREN, Thomas. Use of special masters in patent litigation: a special master's perspective. In: *AIPLA Quarterly Journal*, vol. 26, n. 2, 1998, p. 109-145.

<sup>253</sup> O papel do *special master* no fundo do 11 de setembro foi objeto de grande crítica doutrinária, uma vez que o ato o investiu de amplos poderes para definir as compensações devidas a cada uma das vítimas, supervisionado apenas distantemente pelo Congresso ou pelo Judiciário. Ver PRIEST, George L. The Problematic Structure of the September 11th Victim Compensation Fund. In: *DePaul Law Review*, vol. 53, n. 2, 2003, p. 527-546; BERKOWITZ, Elizabeth. The Problematic Role of the Special Master: Undermining the Legitimacy of the September 11th Victim Compensation Fund. In: *Yale Law and Policy Review*, vol. 24, n. 1, 2006, p. 1-41.

<sup>254</sup> 383 F. Supp. 699 (E.D.N.Y. 1974).

acabaram impactando no trabalho do *special master* e merecendo a sua intervenção<sup>255</sup>.

Essa experiência destaca a necessidade de que processos estruturais sejam resolvidos, em grande medida, por elementos de consenso e não pela imposição de ordens. No caso *United States v. Michigan*<sup>256</sup>, buscava-se solucionar um litígio entre três grupos indígenas, pescadores esportivos e profissionais, relativo ao direito de pescar em um dos Grandes Lagos. Essas cinco partes nomeadas, entretanto, representavam os direitos de praticamente todos os habitantes do Estado, já que a regulação dos direitos de pesca no lago repercutiria sobre todos os cidadãos. Quando Francis McGovern foi nomeado *special master* para o caso, essas disputas já haviam gerado um excesso de pesca que ameaçava o ecossistema do lago e começavam a se tornar violentas<sup>257</sup>. Os problemas envolvidos no litígio eram policêntricos, não sujeitos a respostas em termos de simples afirmação ou negação, procedência ou improcedência, e dificultados pela inexistência de qualquer parâmetro legal claro de decisão<sup>258</sup>. A estratégia, então, foi encaminhar as partes para uma solução conciliada, a partir da identificação de seus interesses predominantes. Entretanto, como as posições políticas entre seus líderes eram muito fortes, não havia possibilidade de se delimitar tais interesses por intermédio de simples questionários. Por essa razão, McGovern desenvolveu, em conjunto com pesquisadores de Harvard, um jogo lúdico, cujos resultados foram analisados por computador, ajudando a definir quais porções do lago eram prioritariamente valorizadas por cada grupo. Além disso, a participação no jogo abriu o diálogo entre as partes, ensinando-as a negociar. Quatro semanas antes da data marcada para o julgamento, os envolvidos chegaram a um acordo cujo conteúdo era praticamente o mesmo de uma das soluções indicadas pelo jogo<sup>259</sup>.

Cabe ressaltar, todavia, que o papel dos *special masters* também sofre alguns questionamentos e limitações. Há quem sustente a possibilidade de que sua

<sup>255</sup> BERGER, Curtis J. Away from the Court House and Into the Field: The Odyssey of a Special Master. In: *Columbia Law Review*, vol. 78, n. 4, 1978, p. 707-738.

<sup>256</sup> 623 F.2d 448 (6th Cir. 1980). O caso é relatado em detalhes por STURM, Susan. A Normative Theory of Public Law Remedies. In: *Georgetown Law Journal*, vol. 79, n. 5, 1991, p. 1374-1376.

<sup>257</sup> MCGOVERN, Francis E. Toward a Functional Approach for Managing Complex Litigation. In: *The University of Chicago Law Review*, vol. 53, n. 2, 1986, p. 440-493.

<sup>258</sup> Idem, p. 459.

<sup>259</sup> Idem, p. 466.

atuação acarrete a produção de uma inundação de papel que o juízo e as partes não têm condições de avaliar. A maior parte desse material teria pouco valor probatório, dado o caráter burocrático e sem autoridade desses agentes, que se limitariam a reportar, mas não a resolver conflitos. Quando sua atuação se dá pela produção de relatórios, é possível que o tempo transcorrido entre sua confecção e a adoção de providências os torne inúteis<sup>260</sup>. Por outro lado, quando a função do *special master* é mais de supervisão que de produção de informação, costuma haver dúvidas sobre os limites de sua autoridade. Nem sempre é claro até que ponto sua atuação é autorizada, sem usurpar os poderes do juiz. Finalmente, há risco de retroalimentação, em que as recomendações do supervisor se tornam mais um item na já extensa lista de atividades a serem fiscalizadas por ele mesmo. Mesmo assim, é incontroverso que os *special masters* contribuíram decisivamente para a implementação de soluções em litígios estruturais, eventualmente propondo mudanças substanciais em seu teor original<sup>261</sup>.

#### 6.4.2 O juiz no processo coletivo estrutural

Em sua análise do processo coletivo estrutural, Yeazell aponta várias estranhezas geradas por sua peculiar estruturação. Por exemplo, a intervenção de pessoas formalmente estranhas ao litígio não pode ser explicada pelas noções tradicionais do processo, mas é apropriada e útil para a resolução dos conflitos. Em segundo lugar, o juiz não é apenas um árbitro neutro. Ele não é chamado a decidir se a razão é do autor ou do réu, mas a estabelecer e efetivar direitos materiais cujos contornos são obscuros e os limites fáticos de implementação são pronunciados<sup>262</sup>, ou seja, como

---

<sup>260</sup> LOTTMAN, Michael S. Paper Victories and Hard Realities. In: BRADLEY, Valerie e CLARKE, Gary. *Paper Victories and Hard Realities: the implementation of the legal and constitutional rights of the mentally disabled*. Washington, D.C.: The Health Policy Center of Georgetown University, 1976, p. 98 e ss. O painel de especialistas de Willowbrook, segundo Lottman, levou três meses apenas para contratar o seu primeiro assessor.

<sup>261</sup> Como ocorreu em *Wyatt v. Aderholt* 368 F.Supp. 1382 (1974), no qual o comitê de direitos humanos designado pelo juízo descobriu que o hospital estava realizando esterilização e aplicação forçada de eletrochoques em pacientes.

<sup>262</sup> MILLER, Arthur. Of Frankenstein Monsters and Shining Knights: Myth, Reality and the Class Action Problem. In: *Harvard Law Review*, vol. 92, 1979, p. 664-694. Na p. 667 o autor afirma: "Some of these

diz Martha Minow, sua função é resolver a situação como um todo<sup>263</sup>. A decisão é apenas o ponto de partida para a consideração de alternativas de implementação, mediante comparação de custos e benefícios. Não basta saber, por exemplo, que a dessegregação racial é devida. É preciso definir quanta dessegregação é possível<sup>264</sup>. Sérgio Cruz Arenhart<sup>265</sup> apresenta análise similar:

Vale dizer que, no processo tradicional, o juiz realmente está adstrito a “acolher ou rejeitar, no todo ou em parte, o pedido formulado pelo autor”, na exata dimensão do que afirma o art. 459, do CPC brasileiro. A tarefa judicial, portanto, se limita a uma *escolha* entre duas posições jurídicas: aquela representada pelo autor e aquela outra, dada pelo réu. Ainda que o magistrado perceba que nenhuma dessas duas posições oferece a melhor solução para o problema examinado, não pode ele desviar-se de uma das “propostas” oferecidas pelas partes, nem impor condições ao acolhimento de uma das posições antagônicas postas no processo (art. 460, parágrafo único, do CPC brasileiro).

Diversos outros institutos processuais orbitam a lógica binária acima exposta. A noção de causa de pedir, a definição do *thema probandum* no processo, os limites da coisa julgada material e várias outras figuras têm impregnada na sua essência a marca dessa visão bipolar do processo civil.

Nesse sentido, mesmo que não se queira assumir uma posição afiliada ao realismo jurídico<sup>266</sup>, parece fora de dúvida que o foco do processo estrutural não está na decisão de mérito, mas na sua implementação concreta. Por exemplo, quanta dessegregação é necessária para que uma escola seja dessegregada? O espectro racial de seus alunos deve corresponder exatamente ao do município, ao do país, ao de sua vizinhança? Se pode se afastar dele, até qual limite? Quais condições fazem

---

cases obligate federal judges to undertake supervisory tasks requiring enormous expenditures of time and effort, converting their role from one of passive adjudicator of a dispute staged by opposing counsel to that of active systems manager”.

<sup>263</sup> MINOW, Martha. Judge for the situation: Judge Jack Weinstein, creator of temporary administrative agencies. In: *Columbia Law Review*, vol. 97, 2010, p. 2010-2033.

<sup>264</sup> YEAZELL, Stephen C. Intervention and the idea of litigation: a commentary on the Los Angeles school case. In: *UCLA Law Review*, vol. 25, 1977, p. 257.

<sup>265</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. <Disponível em [https://www.academia.edu/9132570/Decisões\\_estruturais\\_no\\_direito\\_processual\\_civil\\_brasileiro](https://www.academia.edu/9132570/Decisões_estruturais_no_direito_processual_civil_brasileiro)>. Acesso em 6.6.15.

<sup>266</sup> A clássica referência, sempre em mente, é HOLMES JR. Oliver Wendell. *The common Law*. Boston: Little, Brown and Company, 1881. Na p. 1 do livro, Holmes faz a afirmação que ficou marcada como a certidão de nascimento do realismo jurídico: “The life of the law has not been logic: it has been experience. The felt necessities of the time, the prevalent moral and political theories, intuitions of public policy, avowed or unconscious, even the prejudices which judges share with their fellow-men, have had a good deal more to do than the syllogism in determining the rules by which men should be governed. The law embodies the story of a nation’s development through many centuries, and it cannot be dealt with as if it contained only the axioms and corollaries of a book of mathematics. In order to know what it is, we must know what it has been, and what it tends to become. We must alternately consult history and existing theories of legislation. But the most difficult labor will be to understand the combination of the two into new products at every stage”.



um hospital ou uma prisão dignos? É apenas na implementação da decisão que será possível dar concretude a esses valores, o que exigirá, não raramente, extenso realinhamento do comportamento da instituição. Nesse sentido, Rosenberg e Phillips relatam que, em *Pennsylvania Association for Retarded Children v. Pennsylvania*<sup>267</sup>, o juiz Edward Becker conduziu uma série de audiências públicas informais e negociações relativas à implementação de uma ordem judicial cujo objetivo era assegurar às crianças portadoras de deficiência o acesso à educação pública<sup>268</sup>. O problema, no caso, não era a falta de decisões que garantissem direitos a essas pessoas, mas o fato de que as instituições que deveriam implementá-los não se adaptavam aos parâmetros decididos, que demandavam extensas alterações em suas práticas, pessoal e disposição de recursos.

Essa característica agrega mais uma peculiaridade aos litígios estruturais. Em um processo tradicional, o juiz considera fatos pretéritos para determinar como a realidade deve ser no futuro. Em litígios estruturais, a realidade do momento da execução vai influenciar no modo como serão definidos concretamente os objetivos abstratos fixados na sentença<sup>269</sup>. As possibilidades de realização de um direito influenciarão na compreensão do próprio conteúdo do direito a ser implementado. Os fatos do litígio não são fatos históricos, mas sim fatos sociais, em constante construção e reconstrução<sup>270</sup>. O processo não se foca no que aconteceu, mas no

---

<sup>267</sup> 334 F. Supp. 1257 (E.D. Pa. 1971).

<sup>268</sup> ROSENBERG, Janet e PHILLIPS, William R. F. The Institutionalization of Conflict in the Reform of Schools: A Case Study of Court Implementation of the PARC Decree. In: *Indiana Law Journal*, vol. 57, 1982, p. 425-449.

<sup>269</sup> Como apontou Barry Friedman, a exata correspondência entre *right* e *remedy* é algo que foi superado ao longo do século XX: "If Marbury's fundamental tenet were correct, we would expect to find a tight congruence in constitutional law between right and remedy. What emerges from a study of the law of remedy and enforcement, however, is the picture of a system in which there is tremendous flexibility in the fit between right and remedy and therefore a system in which rights receive far less respect than the rhetoric would suggest. Indeed, close examination reveals a system in which failure to comply with, if not out-right defiance of, judicial remedial orders is tolerated to a certain degree. This divergence between the ideal and reality is not surprising; it reflects a similar divergence between our idealized view of the judicial function and the reality imposed by the milieu in which courts must operate". FRIEDMAN, Barry. When rights encounter reality: enforcing federal remedies. In: *South California Law Review*, vol. 65, 1992, p. 735-780.

<sup>270</sup> Em sentido similar, afirma Berizonce: "La decisión judicial no se agota en un "trancher" que dirima el conflicto hacia el pasado, sino que comúnmente se proyecta hacia el futuro y habitualmente tiende a incidir en las políticas públicas del sector involucrado. Sea para proponer nuevas o diferentes prácticas institucionales, o modificaciones en las estructuras burocráticas, que van mucho más allá del caso sometido a decisión. En ese sentido la jurisdicción asume una función remedial, porque la decisión está encaminada más hacia la búsqueda de "remedios" para la situación compleja que involucra fuertes intereses encontrados, de cara al futuro, que a dirimir el conflicto de base con

que vai acontecer depois que ele interferir na realidade<sup>271</sup>. É por isso que Kenneth Karst afirma que o papel do juiz é cada vez mais legislativo. Quando o julgador decide questões relativas a um objeto pouco concreto, como dessegregação racial ou dignidade humana, ele ainda pode se escudar na afirmação de que está apenas aplicando a lei ou a Constituição<sup>272</sup>. Mas quando ele se vê na contingência de implementar essa decisão, fazendo-a incidir na vida de um grande grupo de pessoas – todos os estudantes das escolas, presos de uma unidade ou internos de um hospital – sua atividade é mais parecida com a de um legislador. Ele leva em consideração fatores que vão além de abstrações ou normas jurídicas. O juiz faz análises de conveniência e de custo-benefício que são típicas da atividade legislativa<sup>273</sup>. Se não o fizer, o juiz se verá na situação que Michael Lottman chamou de vitórias de papel diante de uma dura realidade: ordens judiciais arrebatadoras em seu texto, das quais não resulta benefício concreto para os destinatários<sup>274</sup>.

Agir como administrador ou como legislador não é algo que seja rotineiramente visto como atraente pelos julgadores. O Judiciário norte-americano não transformou suas audiências em *town meetings* de bom grado. Tal como qualquer corpo de juízes, o norte-americano valorizava sua ideologia de passividade e não comprometimento político, em nome dos ideais de separação de poderes. Entretanto, à medida que os processos de reforma estrutural avançaram, percebeu-se que a emissão de ordens ao administrador, estabelecendo objetivos genéricos, não era suficiente para alcançar os resultados desejados. Ou o juiz se envolvia no cotidiano da instituição, cuidando de minúcias de seu funcionamento, ou teria que se conformar com a

---

criterios tradicionales: más que a la subsunción apunta a la ponderación de los principios y valores en disputa”. BERIZONCE, Roberto Omar. Los conflictos de interés público. In: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, vol. 1, 2015, p 161-188.

<sup>271</sup> ROSENBERG, Janet e PHILLIPS, William R. F. The Institutionalization of Conflict in the Reform of Schools: A Case Study of Court Implementation of the PARC Decree. In: *Indiana Law Journal*, vol. 57, 1982, p. 427.

<sup>272</sup> No mesmo sentido, FLETCHER, William. The discretionary Constitution: institutional remedies and judicial legitimacy. In: *The Yale Law Journal*, vol. 91, n. 4, 1982, p. 635-697. Na p. 647 o autor afirma: “Thus, although judicial intervention is triggered by the violation of a legal standard, the court must reorganize the governmental functions of a political branch of a state, relying largely on its own uncontrolled discretion in performing that task”.

<sup>273</sup> KARST, Kenneth. Legislative Facts in Constitutional Litigation. In: *Supreme Court Review*, Vol. 1960, pp. 75-112.

<sup>274</sup> LOTTMAN, Michael S. Paper Victories and Hard Realities. In: BRADLEY, Valerie e CLARKE, Gary. *Paper Victories and Hard Realities: the implementation of the legal and constitutional rights of the mentally disabled*. Washington, D.C.: The Health Policy Center of Georgetown University, 1976, p. 93-105.

ineficácia de sua decisão<sup>275</sup>. A tarefa não foi encarada como simples ou agradável, mas como necessária e, muitas vezes, frustrante, porque o tamanho das organizações já constitui um óbice à mudança, independentemente da boa vontade das partes, que nem sempre existe. Isso ainda é piorado nas instituições governamentais, cujas atividades são sempre vinculadas a outros órgãos públicos, a organismos privados, como sindicatos de servidores e a restrições legais e orçamentárias.

O Superior Tribunal de Justiça, recentemente, forneceu um interessante exemplo do quanto o Judiciário vem atuando com um raciocínio tipicamente legislativo, em um caso relacionado a reformas estruturais, embora bastante modestas. No Agravo regimental 38.966/SC<sup>276</sup>, o Tribunal discutia uma ordem judicial que limitava o número de presos em uma unidade carcerária do estado de Santa Catarina. Não se determinava, na decisão recorrida, a remoção dos presos já reclusos, mas apenas o não encarceramento de outros no local. Curiosamente, contudo, o limite estabelecido pelo juízo estadual, para a gestão futura do estabelecimento prisional pelo estado foi o equivalente a aproximadamente o dobro da capacidade máxima do cárcere. Segundo a decisão, ficou vedado o ingresso de novos presos no local até o alcance do limite de 150 detentos, ainda que extrapolando a capacidade máxima originária de 72 homens e de 15 mulheres.

Não existe norma jurídica, no ordenamento brasileiro, que autorize o entendimento de que é lícita a ocupação de uma unidade prisional além de sua capacidade máxima, seja qual for o fator de multiplicação aplicado. Se assim fosse, aliás, essa capacidade não seria máxima. Então, rigorosamente falando, se o juiz pretendesse apenas aplicar a lei ao caso concreto, deveria ter estabelecido o limite de ocupação em número equivalente ao da capacidade máxima da prisão em questão. Mas ele não o fez e, mesmo assim, a decisão foi confirmada pelo Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, ao argumento de que “estabelecida como núcleo dos direitos fundamentais, atributo que é próprio da pessoa humana, a dignidade (art. 1º, III, da CF) é respaldada pela essência que aflora da liberdade, da igualdade, do

---

<sup>275</sup> NOTE. Implementation Problems in Institutional Reform Litigation. In: *Harvard Law Review*, vol. 91, n. 2, 1977, pp. 428-463.

<sup>276</sup> AgRg no RMS 38.966/SC, Rel. Ministro Jorge Mussi, julgado em 09/09/2014, DJe 17/09/2014.

respeito à vida e da observância de outros tantos direitos humanos assegurados seja pela Carta Magna de 1988...”. Em relação à quantidade de detentos permitida pela decisão recorrida, o Tribunal se limitou a afirmar que ela se mostrava “razoável e proporcional, mormente porque, quando da limitação, o referido ergástulo já acolhia um total de 201 detentos”.

A motivação da pequena reforma estrutural pretendida pela decisão foi a constatação, pelo serviço de vigilância sanitária, da “inadequação física e sanitária de habitabilidade” da cadeia. Entretanto, o Judiciário não realiza a dignidade como determinou o legislador, pelo respeito à capacidade máxima do estabelecimento. Rigorosamente, o caso seria de simples subsunção. O art. 85 da Lei de Execução Penal afirma que compete ao Conselho Penitenciário – e não ao juiz – fixar a capacidade máxima de uma unidade prisional. Assim, bastaria ao juiz determinar que houvesse transferência imediata de um número de presos suficiente para retornar o local a sua capacidade máxima. Contudo, não é esse o resultado da lide. Olhando para a realidade, o juiz percebe que essa ordem seria inexecutável. Simplesmente não há local para onde se transferir tantos presos. Então ele fixa uma nova capacidade máxima, equivalente a quase o dobro da antiga, e não determina que ela seja atingida de imediato, mas mediante a vedação de ingresso de novos reclusos. Gradualmente, com a transferência ou soltura dos anteriores, esse limite seria atingido. O juiz, portanto, labora por um raciocínio tipicamente legislativo, que responde às circunstâncias fáticas e não à norma abstrata. O juiz analisa a realidade para verificar quanta dignidade é possível realizar, com as condições materiais que estão disponíveis<sup>277</sup>.

Em *Bibb v. Navajo Freight Lines, Inc.*<sup>278</sup>, ainda em meados do século passado e fora do contexto de reforma estrutural, a Suprema Corte dos Estados Unidos percebeu a necessidade de realizar esse tipo de balanceamento da legalidade com a realidade. O estado de Illinois aprovou uma norma exigindo, por razões de segurança, a

---

<sup>277</sup> Apesar de tudo, a reforma estrutural pretendida pelo acórdão é criticável, não por seu caráter *contra legem*, mas pela falta de elementos concretos para subsidiá-la. O limite de 150 presos parece ter sido estabelecido de modo completamente aleatório pelo juiz. Não há qualquer indício fático que sustente a conclusão de que a dignidade dos presos ou a salubridade do local seriam restaurados pela ocupação de 150 presos, quando a capacidade máxima havia sido definida em 72 homens e 15 mulheres.

<sup>278</sup> 359 U.S. 520 (1959).

instalação de um novo tipo de para-lamas nos caminhões que circulavam em suas autoestradas. Essa alteração custaria US\$ 30 por caminhão e não era exigida pelos demais estados. Era certo que cabia aos estados a atribuição de legislar sobre requisitos de segurança nas estradas de seu território. Assim, a rigor, se o novo para-lamas tornaria os veículos mais seguros, o estado não estaria agindo para além dos limites de suas competências constitucionais. Contudo, a Corte analisou o caso sob a perspectiva do comércio interestadual, verificando a necessidade de se determinar o quão mais seguros os caminhões ficariam, para justificar o custo de sua adaptação. Como expressamente considerou o juiz Douglas, “nós estamos lidando não com absolutos, mas com questões de grau”. Em razão das provas demonstrarem que o ganho de segurança era pequeno, a Corte julgou a norma inconstitucional<sup>279</sup>.

Kenneth Karst percebe, nesse contexto, algo familiar à realidade brasileira: os mesmos juízes que afirmam que os direitos fundamentais são absolutos, decidem rotineiramente pela restrição desses direitos<sup>280</sup>. No julgado mencionado, por muito que o STJ ressalte o valor da dignidade humana, o resultado concreto é o de que uma prisão pode ser ocupada no dobro de sua capacidade e mesmo a restrição a esse limite alargado não precisa ser realizada imediatamente. Não se sabia quanto tempo seria necessário para que a natural flutuação da população carcerária fizesse a lotação cair de 201 para 150 detentos e, mesmo assim, a decisão não fixou qualquer prazo para que o resultado fosse verificado.

Em síntese, a reforma estrutural mostra a necessidade de se encarar três duras realidades: a primeira, de que os juízes emitem mais juízos de índole legislativa do que gostariam de admitir e do que a teoria da separação de poderes gostaria de permitir. A segunda, de que todos os valores constitucionais estão concretamente sujeitos a limitações e, por mais que retoricamente sejam reputados importantes, os juízes estão dispostos a admitir resultados que contradizem seu próprio discurso. A

---

<sup>279</sup> “But the present showing -- balanced against the clear burden on commerce -- is far too inconclusive to make this mudguard meet that test. We deal not with absolutes, but with questions of degree. The state legislatures plainly have great leeway in providing safety regulations for all vehicles -- interstate as well as local. Our decisions so hold. Yet the heavy burden which the Illinois mudguard law places on the interstate movement of trucks and trailers seems to us to pass the permissible limits even for safety regulations”. O caso é comentado em KARST, Kenneth. Legislative Facts in Constitutional Litigation. In: *Supreme Court Review*, Vol. 1960, pp. 78.

<sup>280</sup> Idem, p. 79.

terceira, de que, por mais desconfortáveis que as duas primeiras constatações pareçam, não há outra forma de agir quando as circunstâncias fáticas se impõem. A reforma estrutural mostra que os absolutos precisam ser “equipados com limites elásticos”<sup>281</sup>, ou serão simplesmente inexecutáveis.

Seria mais produtivo, nesses termos, que a jurisprudência e a doutrina se debruçassem sobre as condições para que a reforma estrutural se realize, ao invés de negar que ela esteja ocorrendo, ou afirmar que se trata de mera interpretação ou concretização da Constituição ou das leis. O principal defeito da decisão do Superior Tribunal de Justiça é sua falta de fundamentos fáticos. Afirma-se que o limite de 150 detentos é “razoável e proporcional”, sem dizer por qual razão. Não se sabe de onde deriva a informação de que a capacidade máxima pode ser superada em 63 presos, sem que haja comprometimento do mesmo valor que motivou a adoção da decisão, qual seja, a garantia da dignidade dos reclusos. Também não se especificam os benefícios esperados da remoção dos detentos excedentes, nem onde eles serão realocados. Além disso, a questão é saber quanta dignidade é possível satisfazer no sistema carcerário estadual como um todo, não em uma cadeia específica, na qual um juiz ou membro do Ministério Público mais cioso de suas funções tenha resolvido adotar providências.

Um modelo de *town meeting* proporciona ao juiz melhores condições para atuar nesse tipo de cenário. Não se trata apenas de ouvir os presos, ou conhecer a realidade da cadeia, nem de receber os relatórios de vigilância sanitária, quanto a irregularidade da situação. Seria necessário ouvir todos os atores não apenas em relação ao ilícito, mas também à solução a ser adotada. O limite de 150 presos tornará o local habitável, do ponto de vista sanitário? Isso significa que as capacidades máximas estabelecidas pelo Conselho Penitenciário estão subdimensionadas? Elas são capacidades máximas ou capacidades ideais? Qual metodologia foi usada para defini-las? Onde serão realocados os presos removidos? Quais são os planos das autoridades estaduais para a construção de novas unidades? As autoridades de segurança pública, de vigilância sanitária, o conselho penitenciário, os gestores da unidade em questão e os próprios presos deveriam ter feito parte desse *town meeting*, a partir do qual o juiz proferiria uma decisão que leva

---

<sup>281</sup> Idem, ibidem.

em consideração todos os fatores que serão impactados pela decisão. Afirma Yeazell, discutindo a reforma estrutural nas escolas<sup>282</sup>:

Quando se compreende que a Corte está tomando o lugar da administração, não apenas para elaboração das medidas de cumprimento, mas também como o fórum inicial para a expressão de novas visões, o caráter ocasionalmente parecido com um circo dessas audiências se torna mais explicável, senão mesmo mais ordenado. Ela não se parece muito com uma audiência judicial, como ressaltou um juiz, por uma boa razão: ela realmente não é. Ela é o estágio de consulta em um processo legislativo ou administrativo.

As ideias tradicionais de restrição da intervenção de terceiros no processo civil, que exigem do interveniente a demonstração de algum tipo de interesse jurídico na lide<sup>283</sup>, pretendem evitar que se perca o foco da discussão inicial. Todavia, quando a intenção do processo não é apenas subsumir o caso ao ordenamento jurídico, mas realizar mudança social, essa ampliação de perspectivas é mais que necessária, é essencial. Embora os juízes brasileiros estejam proferindo decisões que implicam reforma estrutural, ainda não existe a consciência de que os impactos concretos da ordem precisam ser avaliados de uma perspectiva sistêmica, desapegada de noções estáticas de elementos da ação, estabilização da demanda ou mesmo de coisa julgada. Determinar a redução da população carcerária de uma unidade prisional pode significar nada além da transferência desses mesmos presos a outra cadeia, em condições iguais ou piores. As experiências de reforma prisional pela via judicial, nos Estados Unidos, demonstram que decisões pontuais não alcançarão modificações sociais significativas e que, mesmo após décadas de minucioso acompanhamento, os problemas continuam sem solução<sup>284</sup>.

<sup>282</sup> YEAZELL, Stephen C. Intervention and the idea of litigation: a commentary on the Los Angeles school case. In: *UCLA Law Review*, vol. 25, 1977, p. 259.

<sup>283</sup> Ressalvada apenas a assistência anômala prevista na Lei 9.469/97, art. 5º que, como se aplica apenas à União, não altera o argumento do texto.

<sup>284</sup> O caso *Brown v. Plata*, 131 S. Ct. 1910 (2011), decidido pela Suprema Corte, há poucos anos, no qual se determinou ao estado da Califórnia a imediata redução de sua população carcerária, evidencia a dificuldade. Desde o fim da década de 1970, com *Hutto v. Finney*, 437 U.S. 678 (1978) e *Costello v. Wainwright*, 430 U.S. 325 (1977), a Corte vem proferindo decisões de reforma estrutural em prisões, sem alcançar a solução desejável para os problemas enfrentados. Ver SCHLANGER, Margo. Plata v. Brown and Realignment: Jails, Prisons, Courts, and Politics. In: *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, vol. 48, 2013, p. 165-215. Para uma análise mais recente dos efeitos das decisões de redução da população carcerária na Califórnia, ver PETERSILIA, Joan; CULLEN, Francis T. Liberal but not stupid: meeting the promise of downsizing prisons. In: *Stanford Journal of Criminal Law and Policy*, vol. 2, 2015, p. 1-43; PETERSILIA, Joan. California prison downsizing and its impact on local criminal justice systems. In: *Harvard Law and Policy Review*, vol. 8, 2014, p. 327-357.

Em síntese, “apenas estendendo ou ignorando a doutrina tradicional de intervenção no processo as cortes podem ter esperança de lidar com problemas cujos termos transcendem os de um conflito tradicional”<sup>285</sup>. Mais que isso, “como a questão de saber se o Judiciário vai se envolver em fazer mudança social não parece estar mais em aberto (...) é melhor considerar os meios pelos quais ele pode fazê-lo de modo efetivo”<sup>286</sup>. Transformar audiências judiciais em *town meetings* não é apenas uma ideia voltada para se obter legitimidade da decisão, ou a adesão, talvez vazia, à noção participação como elemento essencial, e não instrumental, do devido processo legal. É uma necessidade decorrente do perfil do conflito a ser decidido. “Se os tribunais precisam agir como legisladores, é certo que eles devem fazê-lo de modo efetivo”<sup>287</sup>. Assim, ainda que a reforma possa ter no juiz um agente importante, ele não basta para que a mudança social que se espera aconteça. O sucesso da empreitada depende de se agregar, por intermédio do processo, as ações e os recursos de vários grupos e de vários atores sociais<sup>288</sup>.

#### 6.4.3 A pluralização da representação nos litígios irradiados

O problema central dos litígios irradiados é que eles englobam feixes de interesses não alinhados ou, eventualmente, antagônicos, entre os próprios membros da sociedade titular do direito. É possível que o resultado desejado por um grupo afetado pela decisão coloque outros integrantes da sociedade em situação pior do que estariam se o processo não existisse. Por essa razão, é pouco provável que um representante possa, com igual vigor, defender todos esses interesses envolvidos no processo, que assumirá o perfil de um *town meeting*. Assim, em um litígio irradiado,

---

<sup>285</sup> YEAZELL, Stephen C. Intervention and the idea of litigation: a commentary on the Los Angeles school case. In: *UCLA Law Review*, vol. 25, 1977, p. 260.

<sup>286</sup> Idem, ibidem.

<sup>287</sup> Idem, ibidem.

<sup>288</sup> SCHLANGER, Margo. Beyond the hero judge: institutional reform litigation as litigation. In: *Michigan Law Review*, vol. 97, 1999, p. 1994-2036.



há necessidade de se considerar seriamente a distribuição da representação para mais de um agente, nos moldes já apontados anteriormente<sup>289</sup>.

Nesse sentido, retomando os postulados da teoria geral dos processos representativos, enumerados no Capítulo 3, cada um desses representantes deve visualizar com clareza o subgrupo social que titulariza os direitos que estão sob sua responsabilidade e adotar providências para conhecer suas vontades, com o objetivo de definir seus interesses, à volta dos quais sua atuação deve orbitar. Para tanto, esses representantes deverão organizar momentos participativos significativos com o subgrupo em favor do qual atuam, independentemente daqueles promovidos pelo juiz, em caráter geral, no âmbito do processo. Essa participação deverá ser tanto maior quanto mais elevada for a complexidade do litígio, a fim de explorar, dentre as diferentes possibilidades de solução, aquela que melhor atende aos interesses da classe. Caso haja conflitos internos ao subgrupo, a participação também pode ajudar a solucioná-los, evitando novas divisões.

Além disso, os eventos participativos serão o contato dos subgrupos com a sociedade como um todo, permitindo a ocorrência de um debate entre os subgrupos e destes com a sociedade, com o objetivo de discutir e descobrir as concessões que cada segmento está disposto a fazer, no intuito de construir uma solução aceitável para todos. A relação entre participação e representação dependerá da posição de cada subgrupo em relação ao epicentro da lesão. Quanto mais próximo dele, mais importante será a participação de seus integrantes e mais vinculado à sua vontade estará o seu representante. Em posições mais periféricas, será aceitável que o representante atue com mais autonomia. Da mesma forma, nas regiões mais próximas ao epicentro da lesão, a necessidade de subdivisão da representação deve ser analisada com maior rigor, garantindo a coerência dos interesses do subgrupo. Já em sua periferia, um nível maior de conflituosidade interna ao subgrupo será aceitável, com o objetivo de evitar a excessiva segmentação do litígio, que inviabilizaria a continuidade do processo.

Todavia, pode ser que a cisão da representação não seja suficiente ou viável, nas dimensões em que seria necessária. Será difícil conduzir um processo com dezenas

---

<sup>289</sup> V. supra, item 6.3.2

de representantes, cada um litigando em favor de uma subclasse. Além disso, os interesses de alguns desses grupos podem ser circunstanciais, passíveis de ser atendidos com alguma intervenção mais simples, que não demandaria a incorporação de um novo representante, para participar integralmente de todos os atos processuais. Por essa razão, autores norte-americanos propõem a adoção de alguns mecanismos que poderiam contribuir para que o resultado do processo fosse melhorado em relação aos ausentes, sem que cada subgrupo tivesse que ser representado. Tais ferramentas não são, conforme se explanará, isentas de críticas, mas têm o mérito de ampliar o rol de instrumentos representativos à disposição do juiz.

É claro que, nos Estados Unidos, essa preocupação é mais centrada nos acordos, que são a conclusão natural dos processos judiciais. Assim, Lazos afirma que melhorias poderiam ser alcançadas, no processo de celebração de um acordo, pela nomeação de um terceiro imparcial – nos moldes de um curador – para acompanhar as negociações, no interesse dos ausentes. Esse curador teria como função manter a integridade do processo de negociação como um todo, antes da finalização de uma proposta. A ideia é contrabalançar a limitação cognitiva do juiz, que tem acesso apenas à proposta pronta, sem acompanhar o procedimento que levou a sua elaboração, o que dificulta a detecção de eventuais abusos, prejudiciais à classe<sup>290</sup>. Assim, por exemplo, se um legitimado coletivo negocia um compromisso de ajustamento de conduta para colocar fim a um processo em um litígio irradiado, seria interessante nomear um terceiro, mesmo que outro legitimado, para representar os interesses mais periféricos, que serão também atingidos pelo acordo.

Por outro lado, há quem argumente que esse tipo de providência, assim como a introdução de oportunidades participativas para os membros da classe, antes do acordo ser concluído, demanda presumir a existência de acordos coletivos prejudiciais aos ausentes em uma frequência empiricamente não demonstrada. Adicionalmente, seria preciso presumir que as objeções dos terceiros seriam suficientes para que o juízo não aceitasse o acordo como justo, o que também

---

<sup>290</sup> LAZOS, Sylvia R. Abuse in Plaintiff Class Action Settlements: The Need for a Guardian During Pretrial Settlement Negotiations. In: *Michigan Law Review*, vol. 84, 1985, p. 308-332.

carece de demonstração concreta<sup>291</sup>. Em verdade, os indícios empíricos vão no sentido oposto. Pesquisa conduzida por Eisenberg e Miller mostrou que, da mesma forma que o número de *opt-outs* em *class actions* é reduzido, o número de objeções apresentadas em audiências é pouco significativo. Em 263 casos analisados, entre 1993 e 2003, o número de objeções foi equivalente a 1% dos membros da classe e, mesmo controlando pelo tipo de caso, a média mais alta, que se encontra nos litígios relacionados a direitos civis, não chega a 5%<sup>292</sup>. Embora isso não signifique que os acordos são justos, significa pelo menos que sua injustiça, da perspectiva dos indivíduos, não é grande o bastante para que eles se mobilizem.

Outra possibilidade de melhoria da atividade processual, sem necessidade de pluralização da representação, é a adoção de audiências públicas prévias à homologação dos acordos coletivos ou à decisão. A experiência descrita nos Capítulos 4 e 5 demonstra que essas audiências, embora não solucionem todos os problemas e demandem cautela na análise de seus resultados, têm potencial para fazer surgir objeções que não foram consideradas ao longo do processo e, com isso, agregar perspectivas antes silenciadas ou relegadas à periferia. Além disso, William Rubenstein<sup>293</sup> propõe mecanismos que poderiam ser utilizados para incrementar esses eventos públicos. O autor narra que várias técnicas, já tentadas, para resolver o problema da participação dos membros da classe no litígio, não se mostraram bem sucedidas porque essas pessoas têm informação insuficiente, tanto para avaliar o que está em jogo no processo, quanto para supervisionar a atuação dos profissionais que o conduzem. Se a discussão se desenrola judicialmente, a tarefa de garantir um bom acordo caberia ao juiz, em conjunto com as partes. Todavia, ainda que muito se possa elaborar teoricamente sobre o caráter colaborativo do processo<sup>294</sup>, no mundo real, as partes têm objetivos processuais que não serão facilmente abandonados em nome de um ideal de colaboração processual. Mesmo o

<sup>291</sup> KRAMER, Larry. Consent Decrees and the Rights of Third Parties. In: *Michigan Law Review*, vol. 87, n. 2, 1988, p. 321-364.

<sup>292</sup> EISENBERG, Theodore e MILLER, Geoffrey. The Role of Opt-outs and Objectors in Class Action Litigation: Theoretical and Empirical Issues. In: *Vanderbilt Law Review*, vol. 57, n. 5, 2004, p. 1529-1568.

<sup>293</sup> RUBENSTEIN, William B. The fairness hearing: adversarial and regulatory approaches. In: *UCLA Law Review*, vol. 53, 2006, p. 1435-1482.

<sup>294</sup> Dentre outros, ver GRASSO, Eduardo. La collaborazione nel processo civile. In: *Rivista di Diritto Processuale*, ano XXI, n.4, 1966, p. 580-609; ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A garantia do contraditório. In: *Genesis Revista de Processo Civil*, vol. 10, 1998, p. 667-680.

juiz tem interesses que não são exatamente relacionados com a qualidade do resultado do processo, dada a necessidade, familiar aos juízes brasileiros, de “*clean the docket*”<sup>295</sup>. Por essas razões, a função instrumental da participação, referida no Capítulo 3, embora vista com ceticismo por alguns autores<sup>296</sup>, tem o importante papel de agregar ao processo informações e argumentos que farão a decisão ser mais aderente aos direitos materiais de todos os envolvidos<sup>297</sup>, mas precisa ser exercida por intermédio de técnicas que vão além do mero convite aos membros da classe para que apareçam em uma audiência.

A primeira técnica possível para atingir o objetivo de melhorar a representação sem incluir todos os interessados no processo seria a nomeação, pelo juízo, de um “advogado do diabo”, que Rubenstein apresenta como uma variação da função do *special master*<sup>298</sup>, especificamente encarregado de defender o ponto de vista de que o acordo não é justo, razoável ou adequado para os ausentes. Agindo dessa forma, ele buscaria apontar fraquezas e problemas na solução submetida ao juízo, mantendo o caráter adversarial do processo, que foi perdido a partir do momento em que as partes concordaram com uma resolução conciliada<sup>299</sup>. É claro que a atuação do *special master* gera custo processual, que será imputado, de algum modo, às partes, mas o autor entende que ele é pouco significativo em relação aos valores que, não raramente, estão em jogo nesses casos. Como ele tornaria o resultado do processo menos vulnerável a ataques de membros insatisfeitos da classe, esse custo acabaria sendo recuperado. Indo além da perspectiva de Rubenstein, é possível visualizar que, mesmo em um processo que não se encaminhe para o

<sup>295</sup> Não há razão para acreditar que essa pressão para obter o acordo e diminuir o número de processos pendentes seja menor entre os juízes brasileiros que entre os norte-americanos. Desde que foi criado, o Conselho Nacional de Justiça estabeleceu como uma de suas prioridades o aumento da conciliação, estabelecendo metas, monitorando resultados, capacitando juízes e conciliadores e criando eventos nacionais como a “semana da conciliação”. Todos os tribunais federais do país, assim como um grande número de tribunais estaduais, fazem controles estatísticos de número de processos pendentes, prazo médio de prolatação de sentença, dentre outros indicadores, em relação a todos os seus juízes.

<sup>296</sup> FULLER, Lon L. The Forms and Limits of Adjudication. In: *Harvard Law Review*, vol. 92, n. 2, 1978, p. 394.

<sup>297</sup> FISS, Owen M. Foreword: The Forms of Justice. In: *Harvard Law Review*, vol. 93, n. 1, 1979, p. 42.

<sup>298</sup> V. supra, item 6.4.1.

<sup>299</sup> Todas as ideias de Rubenstein são focadas precipuamente nos acordos, mas nada impede que elas sejam adaptadas para o contexto da decisão judicial, mais comum no Brasil. O advogado do diabo, por exemplo, teria a tarefa de apresentar manifestações que ressaltassem as posições periféricas, ou secundárias no processo, bem como de, em seu nome, recorrer da sentença.

acordo, pode ser interessante a designação de alguém para essa função, com o objetivo de direcionar o olhar do juiz para pontos que o legitimado coletivo não venha tratando como prioritários, ou para questionar aspectos problemáticos ou omissos nas decisões judiciais. Uma desvantagem do advogado do diabo é a possibilidade de que sua opinião seja, com o tempo, desvalorizada, em razão do caráter pré-ordenadamente oposto ao direcionamento do processo. Pode ser que o juiz e os demais sujeitos processuais se acostumem “com suas rotineiras reclamações” e passem a ignorá-las<sup>300</sup>.

A segunda proposta do autor é a criação de uma verba especificamente destinada a remunerar terceiros que apresentem objeções processuais tidas como fundadas, na condição de representantes de determinados interesses. Esses valores poderiam vir de um depósito cautelar, efetuado pelas partes. Criar-se-ia, desse modo, um estímulo para que os ausentes procurassem se manifestar, aumentando o número de perspectivas disponíveis para o juiz e contribuindo para manter o caráter adversarial do processo, mesmo por ocasião de um acordo<sup>301</sup>. Já que os ausentes podem ter poucos interesses individuais em jogo e que a atuação de um beneficia a todos, a tendência racional impele todos eles à inércia, eis que ninguém desejaria assumir sozinho os custos de uma intervenção indistintamente benéfica ao grupo. Como demonstrou Mancur Olson, a forma de alterar esse quadro é o oferecimento de uma recompensa ao indivíduo que atua, compensando-o por assumir ônus que são coletivos<sup>302</sup>.

---

<sup>300</sup> RUBENSTEIN, William B. The fairness hearing: adversarial and regulatory approaches. In: *UCLA Law Review*, vol. 53, 2006, p. 1455. O autor observa que foi essa suposição de que o advogado do diabo apresenta defeitos desnecessários que fez com que essa posição, originária do processo católico de canonização, se convertesse em uma expressão popular que significa a argumentação inútil, pelo simples dever de argumentação.

<sup>301</sup> Rubenstein também contempla a possibilidade de se criar um órgão público específico para exercer a função de supervisionar acordos. Essa versão da sua proposta interessa menos aqui, uma vez que essa atividade já é exercida, no Brasil, pelo Ministério Público, nos termos do art. 5º, § 1º da LACP. Assim, criar um órgão público para supervisionar ações coletivas, sem uma expertise específica, pouco acrescentaria ao cenário atual. No contexto norte-americano a proposta tem mais sentido. Quanto a revisões internas de acordos firmados por membros do próprio Ministério Público, há grande polêmica institucional, uma vez que isso passa pela interpretação dos limites da independência funcional do membro (art. 127, §1º da Constituição).

<sup>302</sup> OLSON, Mancur. *The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups*. Cambridge: Harvard University Press, 1965.

Outra proposta de Rubenstein é que os acordos sejam analisados por agências públicas, com atuação na área de expertise à qual o processo se vincula<sup>303</sup>. Elas poderiam fazer recomendações ao juízo, a partir das informações que detêm, ou avaliar o acordo, atribuindo a ele uma nota em uma escala pré-definida. A vantagem é que esses órgãos públicos podem fazer avaliações tecnicamente mais qualificadas que a do juiz e, não estando envolvidos no processo, o farão de modo imparcial. Quanto mais as agências fizerem esse trabalho, mais rico se tornará seu banco de dados, do qual se poderá extrair parâmetros para a razoabilidade de acordos futuros<sup>304</sup>. É claro que sempre existe o receio de que as agências sejam indevidamente amistosas com os agentes que deveriam regular<sup>305</sup>, mas, no contexto da proposta, esse óbice é menos relevante, já que sua atuação se restringiria a fornecer apenas mais um *input* para a decisão judicial. Também seria possível que o próprio Ministério Público criasse um setor de avaliação de acordos coletivos, para sugerir, ainda que de modo não vinculante, melhorias para as propostas, a partir de perspectivas periféricas do conflito.

A quarta possibilidade seria a de que um órgão privado revisasse os acordos coletivos, antes que eles fossem submetidos aos juízes, atribuindo-lhes uma avaliação em escala pré-definida, nos moldes de um selo de qualidade, de acordo com seu grau de razoabilidade e justiça para com os membros ausentes da classe<sup>306</sup>. Além de proporcionar um parâmetro de legitimidade exterior aos atores do processo, o uso consistente dessa ferramenta ajudaria a criar um banco de melhores práticas para orientar litígios futuros. O autor manifesta, todavia, duas preocupações. A primeira é a possibilidade de captura, tal como na certificação

---

<sup>303</sup> RUBENSTEIN, William B. The fairness hearing: adversarial and regulatory approaches. In: *UCLA Law Review*, vol. 53, 2006, p. 1456.

<sup>304</sup> Idem, p. 1462.

<sup>305</sup> É o que a doutrina no Direito Administrativo chama de captura. Ver MERRILL, Thomas W. Capture Theory and the Courts: 1967-1983. In: *Chicago-Kent Law Review*, vol. 72, n. 4, 1997, p. 1039-1118 e comparar com SPENCE, David B. The Shadow of the Rational Polluter: Rethinking the Role of Rational Actor Models in Environmental Law. In: *California Law Review*, vol. 89, n. 4, 2001, p. 917-998, sustentando que não há evidências empíricas convincentes desse fenômeno. No Brasil, ver JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Editora Dialética, 2002.

<sup>306</sup> Rubenstein faz uma analogia com as classificações sanitárias atribuídas a restaurantes nos Estados Unidos, que também foram aplicadas no Brasil no período da Copa do Mundo de Futebol de 2014, e com as classificações indicativas de filmes e programas televisivos. RUBENSTEIN, William B. The fairness hearing: adversarial and regulatory approaches. In: *UCLA Law Review*, vol. 53, 2006, p. 1464.

pública, agravada pelo fato de que esse agente privado seria remunerado pelos interessados, ao contrário da avaliação por um órgão público. Contudo, esse receio é atenuado pelo fato, já mencionado, de que se trata apenas de um acréscimo de informação para a decisão do juiz, não de uma análise vinculante. A segunda preocupação é que a disponibilização desse tipo de serviço dependeria do interesse econômico das empresas certificadoras. Todavia, parece que a proposta não é muito distinta de uma auditoria ou consultoria externa, segmento em que há considerável concorrência de prestadores de serviços, muitos deles de alto renome internacional, que poderiam se interessar pela atividade se houvesse remuneração compatível<sup>307</sup>.

#### 6.4.4 A conflituosidade e a vontade da sociedade

Conforme explicitado, a conflituosidade nos litígios irradiados é elevada, porque os membros da sociedade são atingidos de modo significativo pelo litígio, mas em intensidades diversas entre si, o que gera propensão à formação de subgrupos, com interesses total ou parcialmente conflitantes. O problema, como diz William Rubenstein, é que os grupos são uma bagunça<sup>308</sup>. Quanto mais variada a sua composição, mais diversos serão os desejos e agendas que neles estarão contidos. Todo grupo, por essa razão, desenvolve mecanismos formais e informais para definir quais objetivos e estratégias devem prevalecer. No Estado nacional, o instrumento mais óbvio, desenvolvido com essa finalidade, são as eleições.

Entretanto, o processo judicial coletivo não contempla mecanismo desse tipo. Não existe um procedimento para que os interessados definam, antes de tudo, se o recurso ao Judiciário é o melhor caminho para buscar a tutela do direito litigioso, ao invés, por exemplo, da via legislativa ou administrativa. Depois disso, ainda seria

<sup>307</sup> O poder público, de forma geral, não tem tido dificuldades para contratar consultorias privadas para desenhar programas e projetos públicos, na perspectiva de adoção de princípios de administração gerencial. Ver VILHENA, Renata et al (orgs.). *O Choque de Gestão em Minas Gerais: políticas de gestão pública para o desenvolvimento*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2006. Não há razão para se imaginar que isso seria distinto para uma atividade jurisdicional.

<sup>308</sup> RUBENSTEIN, William. *Divided We Litigate: Addressing Disputes among Group Members and Lawyers in Civil Rights Campaigns*. In: *Yale Law Journal*, Vol. 106, n. 6, 1997, p. 1623-1682.

necessário definir quem será o representante e quais serão os objetivos e as estratégias do processo. Como diz Lahav, “todas as *class actions* compartilham um elemento básico em comum: os interesses da classe são imputados, ao invés de serem verificados”<sup>309</sup>. O representante se auto-apresenta para o exercício da função e, ao fazê-lo, afirma qual é a vontade da sociedade.

Houve situações em que grupos sociais tentaram se organizar para colher a opinião de seus membros, ou mesmo formular uma estratégia jurídica, mas os resultados foram pouco satisfatórios. A segregação racial talvez seja o melhor exemplo dessa iniciativa. A NAACP coordenou uma estratégia nacional, durante quase uma década, entre os advogados engajados na luta contra a segregação, para que os casos que chegassem à Suprema Corte, individuais<sup>310</sup> ou coletivos, tivessem os fatos certos e os argumentos certos, evitando a geração de precedentes contrários à causa<sup>311</sup>. Isso foi feito por meio da criação de uma rede de contatos entre os advogados, incluindo conferências e reuniões em várias cidades do país. Tanta coordenação constitui excepcionalidade. Em regra, cada advogado é livre para perseguir os interesses de seus clientes como bem entender, no âmbito individual e, coletivamente, cada legitimado também é livre para ajuizar a ação que entender cabível, satisfeitos os requisitos legais. Esse princípio é tão arraigado que, apesar dos esforços da NAACP, um dos primeiros casos a chegar à Suprema Corte, em

---

<sup>309</sup> LAHAV, Alexandra D. Two views of the class action. In: *Fordham Law Review*, vol. 79, 2001, p. 1939-1963. Citação p. 1956.

<sup>310</sup> Nos Estados Unidos, em razão do princípio do *stare decisis*, essa discussão é ainda mais relevante do que no Brasil, uma vez que um processo individual, que gere um mal precedente, pode decidir o destino de todo o grupo. Ver RUBENSTEIN, William. Divided We Litigate: Addressing Disputes among Group Members and Lawyers in Civil Rights Campaigns. In: *Yale Law Journal*, Vol. 106, n. 6, 1997, p. 1628-1630. Sobre as dificuldades de alteração de um entendimento firmado, ver NELSON, Caleb. Stare Decisis and Demonstrably Erroneous Precedents. In: *Virginia Law Review*, Vol. 87, n. 1, 2001, p. 1-84.

<sup>311</sup> TUSHNET, Mark. *Making Civil Rights Law: Thurgood Marshall and the Supreme Court, 1956-1961*. New York: Oxford University Press, 1996. Ver também TUSHNET, Mark. *The NAACP's Legal Strategy against Segregated Education: 1925-1950*. Chapel Hill: The University of North Carolina Press, 2005.



1947, *Shelley v. Kraemer*<sup>312</sup>, relativo à nulidade de cláusulas de proibição de vendas de imóveis a negros, não era o que a entidade gostaria<sup>313</sup>.

Há, igualmente, dificuldade para se definir quem são os atores relevantes, tanto entre os juristas, quanto entre os membros da classe, para esse tipo de coordenação. Por exemplo, *Shelley v. Kraemer* impactava diretamente apenas sobre os interesses de um subgrupo entre os negros, aqueles de classe média, adquirentes de imóveis. Por outro lado, um precedente contrário poderia ser estendido a hipóteses em que estivessem em jogo direitos de outro subgrupo, ou dos negros de modo geral, como ocorreu em *Brown* que, apesar de tratar apenas de segregação escolar, serviu de precedente para combater a conduta em outras esferas sociais. No mesmo sentido, Rubenstein relata as profundas divisões entre os homossexuais e as organizações de defesa dos seus direitos, acerca da tomada de posição sobre a demanda pelo direito ao casamento, enquanto caminho adequado na busca pela igualdade. Em 1989, um dos principais jornais dirigidos ao público homossexual, nos Estados Unidos, publicou uma matéria com pontos de vista opostos, defendidos, de um lado, pelo diretor executivo e, de outro, pela procuradora-geral da principal associação para os direitos dos gays naquele momento<sup>314</sup>. Não havia acordo, portanto, nem entre os diretores da associação, o que reflete a divisão do grupo, tanto em relação aos seus objetivos, quanto à estratégia a ser adotada, se fosse o caso de ajuizar uma ação.

A publicação foi o primeiro passo da associação na busca de tomar conhecimento das opiniões de seus membros. Os autores dos artigos viajaram por todo o país, repetindo publicamente o debate que haviam protagonizado por escrito, na intenção de que alguma solução emergisse da discussão comunitária. No Havaí, a American Civil Liberties Union (ACLU), defrontando-se com o mesmo dilema, conduziu uma

<sup>312</sup> *Shelley v. Kraemer*, 334 U.S. 1 (1948). Era questionada a constitucionalidade de acordos imobiliários de restrição de venda de imóveis a negros. Apesar das ressalvas iniciais de Thurgood Marshall, a NAACP atuou decididamente, em conjunto com o advogado responsável pelo processo e, com o auxílio de um memorial favorável do *Solicitor General*, a decisão foi unanimemente favorável, embora três juízes tenham se absterido de votar.

<sup>313</sup> RUBENSTEIN, William. Divided We Litigate: Addressing Disputes among Group Members and Lawyers in Civil Rights Campaigns. In: *Yale Law Journal*, Vol. 106, n. 6, 1997, p. 1631.

<sup>314</sup> RUBENSTEIN, William. Divided We Litigate: Addressing Disputes among Group Members and Lawyers in Civil Rights Campaigns. In: *Yale Law Journal*, Vol. 106, n. 6, 1997, p. 1635. Os artigos se intitulavam "Why Gay People Should Seek the Right to Marry" e "Since When Is Marriage a Path to Liberation?".

pesquisa informal de opinião entre os seus associados, por intermédio do envio de cartas<sup>315</sup>. No fim, assim como no contexto da segregação, a coordenação do movimento não conseguiu conter iniciativas individuais. Ações isoladas foram ajuizadas, buscando o direito ao casamento ou o reconhecimento de uniões já celebradas e a ACLU se viu sem alternativa a não ser apoiá-las.

Como se percebe, mesmo que a classe seja indefinida ou de difícil definição – nem todos os homossexuais são membros da ACLU, nem todos os negros são potenciais compradores de imóveis em áreas segregadas – é possível adotar estratégias, antes e durante o processo, para dar mais voz à classe e lidar com os conflitos de modo mais construtivo, ainda que não haja garantias de que uma perfeita coordenação possa ser obtida. Duas vias de questionamento se abrem nessa tarefa. A primeira se refere à definição de do enfoque para se apreender o interesse da classe e a segunda, aos instrumentos a serem utilizados nessa operação<sup>316</sup>, sendo que o enfoque condiciona os instrumentos e o modo de sua utilização.

A mais evidente forma de se buscar apreender o interesse de uma classe é a abordagem majoritária. O representante se interessa em saber o que pensa a maioria do grupo, para que possa orientar sua atuação no sentido predominante entre os indivíduos que serão atingidos pela decisão. Esse posicionamento se compatibiliza com noções básicas de democracia, que perpassam a sociedade contemporânea. Se o conflito coletivo fosse encaminhado para solução em outra via, que não a do processo judicial, o mais provável é que ele fosse resolvido por algum tipo de solução majoritária. Mesmo que a classe fosse uma entidade personificada, nos moldes de uma pessoa jurídica, o mais usual é que suas decisões mais importantes fossem tomadas em assembleia, por algum critério majoritário<sup>317</sup>. Assim, se os rumos da sociedade estão, predominantemente, nas mãos da maioria, há fortes argumentos para que as decisões processuais também estejam. O *ALI Principles of Aggregate Litigation* permite que pessoas representadas pelo mesmo

---

<sup>315</sup> Idem, p. 1638.

<sup>316</sup> Esse pensamento é estruturado com base principalmente em RHODE, Deborah L. Class Conflicts in Class Actions. In: *Stanford Law Review*, vol. 34, n. 6, 1982, p. 1183-1262.

<sup>317</sup> Dispõe o Código Civil: “Art. 1.010. Quando, por lei ou pelo contrato social, competir aos sócios decidir sobre os negócios da sociedade, as deliberações serão tomadas por maioria de votos, contados segundo o valor das quotas de cada um”.

advogado ou grupo de advogados, em processos individuais agregados, entrem em acordo para que a vontade da maioria, em relação à aceitação futura de uma proposta de acordo global, seja vinculante para a minoria discordante, ainda que os processos sejam formalmente autônomos<sup>318</sup>.

Para o juiz, a aferição da vontade da maioria da classe agrega legitimidade à decisão, contribuindo, pelo menos parcialmente, para a atenuação da “dificuldade contramajoritária”<sup>319</sup> inerente ao seu papel. Além disso, dependendo do resultado da votação, o juiz poderá perceber a extensão dos conflitos no interior da classe e o eventual comprometimento da atuação do representante em razão deles, podendo adotar medidas para corrigi-la. Em terceiro lugar, no momento da implementação da decisão, qualquer solução sustentada pela maioria tem maior possibilidade de ser efetiva. Finalmente, essa abordagem prioriza a vontade dos indivíduos na definição de seus próprios interesses, o que é recomendável em qualquer atividade representativa.

Por outro lado, há objeções à concepção majoritária. O primeiro argumento é o equívoco de seu pressuposto fundamental, tendo em vista que o Poder Judiciário não é um órgão majoritário, nem a atividade jurisdicional é concebida para assim ser desempenhada. O Judiciário sequer é institucionalmente bem estruturado para aferir as opiniões da maioria de modo confiável, de forma que, se esse fosse o critério a seguir, melhor seria que as decisões nos litígios irradiados fossem afetadas ao Poder Legislativo, que tem melhores condições de atuar com base nesse pressuposto. Tão séria quanto a objeção teórica são os problemas práticos da abordagem majoritária. Quanto mais difusa for a classe, mais difícil será a identificação de quem são as pessoas habilitadas a votar. A difusão também contribui para que o impacto da decisão sobre os diferentes indivíduos seja diversificado, o que desperta dúvidas sobre o cômputo dos votos. A aferição

---

<sup>318</sup> THE AMERICAN LAW INSTITUTE. *Principles of the Law of Aggregate Litigation*. St. Paul: American Law Institute Publishers, 2010, § 3.17 “b) In lieu of the requirements set forth in subsection (a), individual claimants may, before the receipt of a proposed settlement offer, enter into an agreement in writing through shared counsel allowing each participating claimant to be bound by a substantial-majority vote of all claimants concerning an aggregate-settlement proposal (or, if the settlement significantly distinguishes among different categories of claimants, a separate substantial-majority vote of each category of claimants)”.

<sup>319</sup> A expressão, não a ideia defendida no texto, está em BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. 2 ed. New Haven: Yale University Press, 1986.

majoritária deveria ser procedida por um critério simples, do tipo *one man, one vote*, ou deveria levar em conta o grau de comprometimento de cada indivíduo, atribuindo pesos distintos a subclasses diversas? Terceiro, quanto maior e mais difusa for a classe, mais caro e difícil será o processo de informá-la sobre as opções disponíveis e suas consequências, bem como de obter os seus votos. Os dados empíricos bem demonstram o grau dessa dificuldade: mesmo em casos em que se solicitou ao membro da classe a adoção de providências simples para receber dinheiro, o índice de resposta foi baixo<sup>320</sup>. Por último, a abordagem majoritária fará com que as opiniões das minorias que existem dentro da própria classe seja ignorada, contribuindo para que as dinâmicas sociais de dominação sejam reproduzidas também no processo.

Nesse quadro, a chance de se obter resultado que reflita uma votação informada e representativa da classe é reduzida, justamente nas hipóteses em que ela é mais necessária, ou seja, nos casos mais complexos. É claro que um defensor da alternativa majoritária poderia contra-argumentar que todos esses problemas existem na democracia de modo geral. Eleições são caras, computam de modo idêntico os votos de todos os cidadãos habilitados, independentemente do seu grau de vínculo ou dependência em relação ao Estado e não há indicadores de que a maioria dos votantes entenda efetivamente as implicações de seus votos, especialmente quando eles vão além da simples escolha de um candidato<sup>321</sup>. Nada

---

<sup>320</sup> “This is shown by the fact that in settled cases, where members of the class get an automatic recovery by responding, most of those who do not opt out do not bother to file claims. The result therefore is not the consolidation of many viable claims in a single simplified lawsuit, but rather the generation of claims for people who have no interest in pursuing them”. SIMON, William. Class Actions: useful tool or engine of destruction. In: *Federal Rules Decisions*, vol. 55, 1972, p. 375-394. Citação p. 378.

<sup>321</sup> Esse é um dos dilemas mais antigos e, ainda assim, sem solução, da democracia. Quanto mais democrático é um governo, mais provável que os eleitores votem em assuntos sobre os quais têm pouca dimensão de seu significado. Em uma sociedade de mídia de massa, isso os torna cooptáveis pelos grupos de pressão que têm interesses mais diretamente afetados pela proposta. No período em que este trabalho foi escrito nos Estados Unidos, houve eleições gerais legislativas e, ao mesmo tempo, eleições para uma série de cargos locais. Fora os votos para o Congresso, no âmbito estadual, os eleitores da Califórnia votaram, na mesma ocasião, para Governador, Vice-Governador, Procurador-Geral, Secretário de Estado, Controlador, Secretário da Fazenda, Comissário de Seguros e Superintendente de Educação. Além disso, os eleitores foram chamados a votar em 6 proposições de lei de âmbito estadual, com matérias tão variadas quanto autorização para aumento do endividamento do Estado, conservação de água, mudanças nos regimes de seguros de saúde, introdução de testes de drogas para médicos, redução de pena para determinados crimes e construção de um cassino indígena fora da reserva. As propostas são identificadas por números (Propositions 1, 2, 45, 46, 47 e 48). Todas elas tiveram extensiva publicidade televisiva, paga por grupos diretamente interessados. As três que eram apoiadas pelo governo do Estado (endividamento,

disso significa que a democracia deve ser abandonada. Embora essa ponderação tenha relevância, no contexto específico do processo coletivo é interessante analisar alternativas distintas da solução majoritária.

A outra possibilidade que se abre ao representante e ao juiz que desejam aferir os interesses da classe representada é uma abordagem pluralista. O foco da pesquisa, nesse caso, é a aferição das posições existentes no interior da classe, em relação ao litígio, independentemente do número de indivíduos que as sustentem. Isso permite identificar subgrupos e, eventualmente, a necessidade de se adotar algum tipo de salvaguarda para sua representação, como, por exemplo, a atribuição de representação distinta. Ainda que a pluralização da representação não pareça necessária, em razão das peculiaridades do caso, o enfoque pluralista poderá contribuir para que o legitimado coletivo melhor oriente sua conduta a partir da ciência do perfil dos subgrupos.

A avaliação pluralista da classe se compatibiliza melhor com a função tradicional do Poder Judiciário, no qual se espera que prevaleçam as melhores razões, mesmo que elas sejam impopulares na sociedade. Ela também permite que as minorias dentro do grupo obtenham o espaço do qual são privadas na arena democrática, o que, para autores como Ely, é a principal função do Judiciário<sup>322</sup>. Ao contrário da abordagem majoritária, o enfoque pluralista privilegia a representação de interesses perante o juízo, e não das pessoas que os patrocinam. Por essa razão, ela possibilita que o interesse futuro da classe, mesmo que não seja defendido por qualquer de seus membros presentes, seja levado em consideração. Finalmente, essa abordagem aumenta do cabedal de informações disponíveis para o juiz, permitindo que sua decisão leve em consideração um cenário mais rico do que aquele que estaria disponível se apenas as posições do autor e do réu fossem conhecidas.

---

água e redução de penas) foram aprovadas. As duas que contavam com forte oposição da classe médica foram rejeitadas, embora pesquisas iniciais mostrassem um apoio próximo a 60% do eleitorado. Apenas na campanha contra o projeto que introduzia testes de drogas obrigatórios para os médicos, foram gastos US\$ 60 milhões. Ver <<http://ww2.kqed.org/news/series/election-watch-2014>>, acesso em 17.11.14. Para uma discussão teórica sobre as votações populares nos Estados Unidos, ver SABATO, Larry J.; ERNST, Howard R. LARSON, Bruce A. (eds.). *Dangerous democracy? The Battle Over Ballot Initiatives in America*. Lanham: Rowman & Littlefield Publishers, 2001.

<sup>322</sup> ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, 1981.

Apesar disso, a abordagem pluralista também tem suas fraquezas. Se a classe for suficientemente ampla, o processo de descobrir posições e conflitos entre seus membros pode ser quase tão caro e complexo quanto fazer uma pesquisa majoritária entre eles. Segundo, a abordagem pluralistas não fornece elementos para se avaliar o peso relativo das objeções e posições minoritárias no interior da classe. Essa análise ficará restrita ao juiz e ao representante da classe, os quais têm estímulos, ainda que inconscientes, para minimizar o valor das opiniões divergentes, já que elas dificultarão a solução do processo. Por outro lado, os defensores de cada uma das posições minoritárias têm estímulos para maximizar a extensão e a intensidade do conflito que pretendem demonstrar existente. O pluralismo pode ser eficaz para apresentar as divergências, mas não para dizer o quão importantes são, ou para fornecer critérios para sua resolução.

Shapiro propõe que o valor das posições dos subgrupos seja definido pela análise do quanto os interessados têm em jogo em relação ao resultado do processo e quanto sua intervenção tem potencial para contribuir com a instrução, admitindo-se apenas os intervenientes cuja contribuição seja superior ao ônus que sua participação acarreta<sup>323</sup>. Ainda que teoricamente interessantes, será sempre difícil avaliar essas condições na prática<sup>324</sup>, tornando árdua a tarefa de identificar um limite que equilibre a abertura para a recepção de informações úteis e a preservação da governabilidade do processo. É muito provável que, em casos notórios, inúmeras pessoas queiram intervir e defender algum tipo de posição divergente, mesmo que não tenham contribuição útil a fornecer, enquanto, em casos rotineiros, os membros da classe não tenham informação, incentivos ou recursos para financiar uma

---

<sup>323</sup> SHAPIRO, David L. Some thoughts on intervention before courts, agencies, and arbitrators. In: *Harvard Law Review*, vol. 81, n. 4, 1968, p. 721-772.

<sup>324</sup> Em um processo judicial que tramitou na Subseção Judiciária de Campinas, relacionado à definição da zona de amortecimento da Mata de Santa Genebra, o juiz federal do caso, Guilherme Lucci, realizou um raciocínio nesses moldes. A unidade de conservação se localiza em área urbana do município, de modo que a sua zona de amortecimento inclui áreas densamente povoadas. Mais de 20 empresas requereram habilitação no processo, ao argumento de que seus interesses poderiam ser afetados pela decisão. Embora o indeferimento tenha sido embasado em diversos argumentos jurídicos, já que o ordenamento brasileiro não atribui ao juiz o tipo de discricionariedade com o qual conta um juiz nos Estados Unidos, o que se observa, no fundo, é que a decisão reflete a percepção de que a contribuição que aquelas empresas poderiam dar à resolução da lide era inferior ao tumulto que causariam no processo.

intervenção que seria relevante<sup>325</sup>. Em terceiro lugar, a eficácia de uma abordagem pluralista exige, via de regra, a adoção de representação distinta para os diversos subgrupos, o que torna o processo mais caro e mais confuso. A aversão da jurisprudência brasileira às intervenções de terceiros deixa claro que, assim como nos Estados Unidos, os juízes já perceberam que o aumento do número de partes é um risco para a governabilidade de qualquer processo<sup>326</sup>.

Além disso, o pluralismo corre o risco de se converter em elitismo ou em paternalismo. É inevitável que se busque “o melhor interlocutor” para determinada posição, já que nem todos terão oportunidade de se manifestar, o que aumenta o distanciamento entre o mecanismo resolutivo e as pessoas que serão atingidas pela decisão. O remédio para esse mal, que seria a escolha de um líder dentro do próprio grupo, também tem seus efeitos colaterais: entre comunidades indígenas, há pesquisas no sentido de que a sucessiva interlocução dos caciques com agentes externos, sejam governamentais ou empreendedores privados, contribui para a verticalização das estruturas de poder no grupos<sup>327</sup>. É igualmente difícil evitar que esse interlocutor desenvolva uma agenda própria de prioridades, que pode ser incompatível com os objetivos de seus representados<sup>328</sup>.

Conforme se observa, tanto o enfoque pluralista quanto o majoritário têm qualidades e defeitos que impedem que um deles seja considerado intrinsecamente superior ao outro. Entretanto, a definição clara dos objetivos da participação que se pretende promover é essencial para que o legitimado coletivo e o juiz definam de que forma os instrumentos participativos, já descritos nos itens anteriores, serão adotados no contexto de um litígio irradiado.

---

<sup>325</sup> RHODE, Deborah L. Class Conflicts in Class Actions. In: *Stanford Law Review*, vol. 34, n. 6, 1982, p. 1239.

<sup>326</sup> Idem, p. 1230.

<sup>327</sup> Nesse sentido, ver VITORELLI, Edilson. *Estatuto do Índio*. 2. ed. Editora Juspodivm, 2013.

<sup>328</sup> Na Espanha, onde a tutela coletiva é prerrogativa das associações, há referências no sentido de que elas, não raramente, assumem uma agenda corporativa distanciada dos objetivos de seus associados. Sobre o assunto, ver NIEVA FENNOL, Jordi. El Procedimiento especial para La proteccion de consumidores y usuarios: lagunas, remedios e ideas de futuro. In: *Revista de Processo*. Ano 33, n. 156, p. 104-136. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

#### 6.4.4 Efeitos positivos periféricos da participação da sociedade no processo

Conforme sustentado no Capítulo 3, o direito de participar de um processo é garantido pela Constituição em sua formulação instrumental, ou seja, nos limites em que contribua para a tutela adequada dos direitos materiais violados, ampliando as informações e perspectivas disponíveis para a adoção da decisão mais adequada. Contudo, isso não significa que não se possam verificar efeitos positivos da participação processual dos integrantes da sociedade envolvida no litígio irradiado, que vão além do caráter instrumental.

Primeiramente, a participação é capaz de promover uma postura colaborativa, que contribui para que os envolvidos se apoderem da responsabilidade de solucionar o problema apresentado, reunindo-os em torno de um ideal social comum<sup>329</sup>, o que aumenta a aceitação das determinações judiciais e, com isso, facilita sua realização. Conforme demonstrado, é praticamente impossível realizar modificações estruturais sem algum grau de colaboração entre os envolvidos. Quando o processo não se atenta para a miríade de relações sociais potencialmente afetadas pela decisão, é provável que desconsidere elementos relevantes para a sociedade, os quais só virão à tona no momento da implementação da decisão, para dificultá-la. No caso da desinstitucionalização psiquiátrica, referido no Capítulo 5, subgrupos não consultados pretendiam a reforma e melhoria dos estabelecimentos, ao invés de seu fechamento<sup>330</sup>. No contexto da dessegregação escolar, peculiaridades das comunidades latinas e chinesas não foram adequadamente tuteladas. Berger ainda relata que, mesmo entre os negros, não havia apoio unânime ao anseio de frequentar as escolas reservadas aos brancos. A obtenção desse direito vinha à custa do sacrifício de outros, como o abandono de relações sociais da escola de

---

<sup>329</sup> STURM, Susan. A Normative Theory of Public Law Remedies. In: *Georgetown Law Journal*, vol. 79, n. 5, 1991, p. 1393.

<sup>330</sup> Ver ROSENBERG, Janet; PHILLIPS, William R. F. The Institutionalization of Conflict in the Reform of Schools: A Case Study of Court Implementation of the PARC Decree. In: *Indiana Law Journal*, vol. 57, 1982, p. 425-449.



origem ou a necessidade de se lidar com o preconceito dentro da escola de destino<sup>331</sup>.

Essa aceitação social da decisão tem importância para sua efetividade. Em muitas situações, pessoas que não participam do processo estão em posição de obstar o cumprimento das decisões. O primeiro instinto é responder a essa dificuldade com a imposição coercitiva do julgado, por intermédio das prerrogativas legalmente atribuídas ao juiz. Todavia, essa possibilidade nem sempre soluciona o problema. No caso da dessegregação escolar, há relatos de que os pais dos alunos que deveriam ser transportados para outras escolas, a fim de que se alcançasse o objetivo de fazer com que brancos e negros estudassem no mesmo estabelecimento, resistiram de variadas formas ao cumprimento das ordens, ao ponto de limitar drasticamente o sucesso da medida<sup>332</sup>. Quando se pensa em implementar uma política pública forçando crianças a entrar em ônibus, se percebe o quão limitado é o poder do juiz em litígios coletivos, se a decisão não alcançar a adesão do grupo destinatário.

A participação também tem um efeito instrumental extraprocessual que é o de potencializar a mobilização de grupos socialmente excluídos. Quando pessoas que ocupam posições socialmente desvalorizadas, como lavadeiras, pescadores ou pedreiros, são chamados a opinar na elaboração de soluções que terão impacto em suas próprias vidas e na da comunidade, abre-se espaço para que essas pessoas passem a se ver como grupo e se organizem social e politicamente para a reivindicação contínua de seus direitos, por intermédio de outros mecanismos, diversos do processo judicial<sup>333</sup>. “A participação em um processo pode ajudar um grupo a entender melhor o funcionamento das instituições dominantes, assim como

---

<sup>331</sup> BERGER, Curtis J. Away from the Court House and Into the Field: The Odyssey of a Special Master. In: *Columbia Law Review*, vol. 78, n. 4, 1978, p. 718.

<sup>332</sup> Esse problema é debatido em KALODNER, Howard I. E FISHMAN, James J. (orgs.) *Limits of justice: the courts' role in school desegregation*. Cambridge: Ballinger Publisher Co., 1978.

<sup>333</sup> Ressaltando o empoderamento político gerado pelas *class actions* no contexto do direito à saúde, ver CERMINARA, Kathy L. The class action suit as a method of patient empowerment in the managed care setting. In: *American Journal of Law & Medicine*, vol. XXIV, n. 1, p. 7-58.

a melhorar suas habilidades de planejamento e associação com outros grupos, o que é necessário para que grupos subordinados possam atingir metas políticas”<sup>334</sup>.

É certo que esse objetivo tem múltiplos obstáculos a superar, desde a indiferença no interior do grupo até a incompreensão da linguagem e do desenvolvimento dos processos judiciais. Mas há experiências de sucesso. Tanto no Brasil, quanto nos Estados Unidos, são conhecidos casos de formação de associações em virtude da necessidade de atuação processual. Algumas delas, posteriormente, se converteram em órgãos de reivindicação política, para além dos objetivos iniciais que pretendiam advogar<sup>335</sup>. É o caso dos índios, cujas comunidades reforçaram sua organização naturalmente coletiva, em muitos casos, para reivindicar do Estado a defesa de suas próprias terras, ameaçadas de invasões. Posteriormente, essas organizações expandiram seu foco de atuação para outras pretensões, de cunho social e político. Grupos indígenas elegeram entre seus membros integrantes de câmaras municipais e, nos municípios de São João das Missões, Minas Gerais e Entre Rios, Santa Catarina, os respectivos prefeitos municipais<sup>336</sup>.

Nos Estados Unidos, Lucie White relata interessante episódio de mobilização social relacionado a um processo judicial. No início da década de 1980, foi ajuizada uma *class action* questionando a negativa arbitrária de benefícios sociais na Carolina do Norte<sup>337</sup>, mas ela foi apenas parte de uma estratégia de mobilização política para dar voz às insatisfações das pessoas pobres<sup>338</sup>, que dependiam dessas prestações.

<sup>334</sup> WHITE, Lucie E. Mobilization on the margins of the lawsuit: making space for the clients do speak. In: *NYU Review of Law and Social Change*, vol. XVI, 1987-88, p. 535-564. Citação p. 540.

<sup>335</sup> No processo relativo à Usina Hidrelétrica de Itapebi, grupos sociais marginalizados do Município de Salto da Divisa, em Minas Gerais, tais como lavadeiras, pedreiros, extratores de rochas e pescadores compuseram associações para acompanhar o andamento dos processos judiciais, as quais, posteriormente, se transformaram em órgãos de reivindicação política na cidade.

<sup>336</sup> Em São João das Missões, o mandato 2013-2016 é o terceiro consecutivo exercido por diferentes índios da etnia Xacriabá. De acordo com o Centro de Documentação Eloy Ferreira da Silva – CEDEFES, nas eleições 2012, além dos dois prefeitos, trinta e cinco índios foram eleitos vereadores em todo o Brasil. Ver <[http://www.cedefes.org.br/?p=indigenas\\_detalle&id\\_afro=9296](http://www.cedefes.org.br/?p=indigenas_detalle&id_afro=9296)> , acesso em 31.10.14.

<sup>337</sup> *Hyatt v. Heckler*, 579 F. Supp. 985 (W.D.N.C. 1984).

<sup>338</sup> Nos Estados Unidos, onde não existe o gosto lamentável pelos eufemismos que grassa o direito brasileiro, a referência a esse tipo de litígio é *poverty law*. Em muitas faculdades, há matérias ou centros de estudo com a designação “law and the poor”. Não se usam expressões que poderiam equivaler a hipossuficiente, carente, necessitado ou outras tantas ao gosto brasileiro, como se a mudança da expressão pudesse fazer os pobres menos pobres. Ver WEXLER, Stephen. Practicing law for poor people. In: *Yale Law Journal*, vol. 79, 1970, p. 1049-1067 e também CAHN, Edgar S e

Foram formadas associações contra as políticas adotadas pela administração do presidente Ronald Regan, que acabaram se transformando em um movimento nacional. Essas associações realizavam eventos para seus membros e audiências públicas (*speak-out events*), nas quais outras pessoas que se sentiam prejudicadas pelas restrições das políticas de concessão de benefícios se manifestavam espontaneamente. Esses eventos contribuíram, de acordo com a autora, para que os participantes se tornassem mais conscientes de suas situações, assim como para atrair novos membros para a causa. No final, esses movimentos, em conjunto com alterações de conjunturas políticas, produziram diversas mudanças nas políticas governamentais.

Susan Sturm acrescenta que o modelo tradicional de participação no processo é insuficiente não apenas por se restringir às partes, mas por exigir a intermediação de advogados. Esse padrão indireto e formal de diálogo, de um lado, impede a comunicação efetiva do juízo com os interessados e, de outro, obsta a identificação destes com o resultado da lide<sup>339</sup>. É amplamente reconhecida a tendência de que esses problemas levem a uma escalada na gravidade do conflito entre as partes e, ao final, à alienação dos perdedores<sup>340</sup>. Assim, o direcionamento da ação coletiva para a adoção de mecanismos participativos diretos e informais pode ser um instrumento para contribuir com a organização da comunidade, criando um fórum para a produção de novos conhecimentos, mobilização política e busca de apoio público<sup>341</sup>, ao invés da entrega do destino do grupo a um representante paternalista, que decidirá por ele o que é melhor<sup>342</sup>.

---

CAHN, Jean Camper. Power to the people or the profession? The public interest in public interest law. In: *Yale Law Journal*, vol. 79, 1970, p. 1005-1048.

<sup>339</sup> STURM, Susan. A Normative Theory of Public Law Remedies. In: *Georgetown Law Journal*, vol. 79, n. 5, 1991, p. 1394.

<sup>340</sup> Sobre essas dificuldades, ver EISENBERG, Melvin Aron. Private Ordering through Negotiation: Dispute-Settlement and Rulemaking. In: *Harvard Law Review*, vol. 89, n. 4, 1976, p. 637-681; FELSTINER, William L. F. Influences of Social Organization on Dispute Processing. In: *Law & Society Review*, vol. 9, n. 1, 1974, p. 63-94.

<sup>341</sup> BELL JR., Derrick A. Serving Two Masters: Integration Ideals and Client Interests in School Desegregation Litigation. In: *Yale Law Journal*, vol. 85, n. 4, 1976, p. 513.

<sup>342</sup> O paternalismo é um vício notado e combatido inclusive nas relações entre clientes individuais e advogados. Ver SIMON, William H. The Dark Secret of Progressive Lawyering: A Comment on Poverty Law Scholarship in the Post-Modern, Post-Reagan Era. In: *University of Miami Law Review*, vol. 48, n. 5, 1994, p. 1099-1114.

O dever do legitimado coletivo fomentar a participação significativa da comunidade ainda tem o benefício de contrabalançar um efeito colateral da resolução judicial dos conflitos, que é a desmobilização da sociedade em outras frentes de atuação. Pelo menos um autor notou que a confiança da população negra na dessegregação feita pela via jurisdicional inibiu o desenvolvimento de outros mecanismos de participação e controle popular, que poderiam ter garantido resultados adequados e potencialmente mais duradouros<sup>343</sup>. “A confiança do leigo na total eficácia do processo é precisamente um dos fatores que impediu que técnicas de mudança controladas pelo povo efetivamente redundassem em maior dessegregação escolar no sul”<sup>344</sup>. Isso é negativo porque “grandes obstáculos econômicos e sociais não são facilmente remediáveis pelo processo, de modo que a vigilância e atividade contínuas dos beneficiários são elementos cruciais na mudança social”<sup>345</sup>.

O limite da possibilidade de contribuição do processo para o empoderamento da comunidade foi estudado empiricamente por Banach, Hamilton e Perri, em um interessante litígio irradiado ocorrido na pequena cidade de Claremont, no estado de New Hampshire, Estados Unidos<sup>346</sup>. A partir dos anos 1970, a cidade enfrentou um ciclo de depressão econômica em virtude do fechamento de algumas empresas. Apenas uma delas, a Joy Manufacturing, significou a extinção de mil postos de trabalho em uma cidade com 15 mil habitantes, que se tornou a mais pobre do

---

<sup>343</sup> Wilson Ramos Filho percebe o mesmo problema apontado no texto em relação aos dissídios coletivos do trabalho, afirmando: “Na organização corporativista consolidada em 1943 sob a ordem Constitucional de 1937, como visto, não tinha lugar o ‘individualismo’, seja dos empregados querendo ganhar mais, seja dos empregadores, querendo pagar menos. Para fazer prevalecer o interesse nacional, ‘coletivo’, sobre os interesses das categorias profissionais e econômicas, o modelo previa que, ausente acordo entre empregadores e empregados, estes, representados pelo sindicato reconhecido pelo Estado, poderiam ajuizar uma ação denominada ‘ação de dissídio coletivo’ perante Tribunais do Trabalho compostos corporativamente.

Neste sistema, em vez de fomentar a mobilização dos trabalhadores para pressionar os empregados no sentido do atendimento de suas reivindicações, os sindicatos obreiros deveriam ajuizar uma ação pedindo que o Judiciário Trabalhista, diante de cada reivindicação devidamente fundamentada pelo sindicato laboral e da defesa apresentada pela entidade representativa dos empregadores, com os motivos pelos quais resistia à postulação obreira, decidisse por equidade, arbitrando a solução considerada a mais adequada. Desse modo, se deslocava o conflito, inerente ao antagonismo essencial entre as classes sociais, do campo da mobilização e da agitação social para o campo da arbitragem estatal que imporia a paz social, fazendo cessar o conflito”. RAMOS FILHO, Wilson. *Direito Capitalista do Trabalho*. São Paulo: Editora LTR, 2012.

<sup>344</sup> CLARK, Leroy D. The Lawyer in the Civil Rights Movement - Catalytic Agent or Counter-Revolutionary. In: *University of Kansas Law Review*, vol. 19, n. 3, 1971, pp. 459-474. Citação p. 470.

<sup>345</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>346</sup> BANACH, Mary; HAMILTON, Daborah; PERRI, Penelope M. Class action lawsuits and community empowerment. In: *Journal of Community Practice*, vol. 11, n. 4, 2003, p. 81-99.

estado. À época, prevalecia o entendimento de que a educação pública deveria ser totalmente custada por tributos locais, o que fez com que, ao mesmo tempo em que a cidade empobrecia, os tributos fossem elevados, para manter o funcionamento das escolas. Apesar disso, a arrecadação total continuou decrescente e a qualidade do ensino público caiu de modo expressivo. Todos esses problemas geraram a mudança da população de classe média, em busca de empregos, menores impostos e melhores escolas. Nesse contexto, o distrito escolar de Claremont ajuizou uma ação coletiva contra o estado de New Hampshire, sustentando seu dever de contribuir para o financiamento da educação pública, com fundamento na Constituição estadual. A Suprema Corte do estado julgou o pedido procedente, fixando o dever estadual e, em um segundo processo, decidiu que era inconstitucional que a educação pública fosse financiada apenas com tributos locais. A Corte, contudo, não criou um regime de financiamento, devolvendo ao governador e ao legislativo a tarefa de fazê-lo.

As autoras do estudo entrevistaram 26 integrantes da comunidade de Claremont, com o objetivo de captar suas percepções sobre os efeitos do processo judicial. Os resultados revelaram o grau de conflituosidade e a variedade dos impactos sociais do litígio. Alguns entrevistados mencionaram que o processo fez com que a comunidade se agrupasse à volta do problema da educação pública e da necessidade de lidar com as dificuldades econômicas que a afetaram. Isso teria contribuído para unir a comunidade em busca de seus direitos, não apenas decorrentes do litígio originário, mas em outros setores. Por exemplo, a contemplação do município em um programa estadual de destinação de fundos estaduais para a recuperação de áreas urbanas centrais foi atribuída, por alguns entrevistados, à crescente mobilização social decorrente do processo. Também se afirmou que o litígio atribuiu ao município reconhecimento público como o precursor de uma mudança que acabou impactando positivamente em todo o estado.

Em sentido oposto, outros entrevistados manifestaram frustração e tristeza pela existência do processo, julgando que o problema deveria ser tratado apenas a nível local e não com o envolvimento do estado. Afirmaram que a fuga da classe média se deveu, em parte, à má-publicidade decorrente do litígio, no sentido de que a qualidade das escolas locais seria baixa. Além disso, ele teria contribuído para a

desconfiança da população em relação ao conselho de educação e às autoridades administrativas em geral. Teria também havido um aumento das divergências entre famílias com e sem filhos, em razão do custo do financiamento da educação, bem como do aumento da tributação em geral, embora o processo tivesse sido acompanhado de promessas de sua redução. Finalmente, o empoderamento da comunidade estaria obstado, na opinião de alguns, pela falta de condições econômicas mínimas, que impede que as pessoas se engajem na discussão das questões públicas.

A conclusão das autoras é que o processo coletivo pode acarretar o efeito benéfico de contribuir para o empoderamento da comunidade, sobretudo se forem observadas algumas estratégias. Inicialmente, a sociedade precisa fazer com que seus diversos subgrupos trabalhem em conjunto, para evitar que o litígio fique associado apenas a pessoas ou organizações específicas, o que pode desmerecê-lo publicamente. Também se faz necessário que o grupo considere e discuta as possíveis implicações de longo prazo do processo, tanto positivas quanto negativas, atentando, à medida que a tramitação avança, para suas consequências imprevistas. Finalmente, deve ser definida uma estratégia de comunicação, por meios formais e informais, para relatar à sociedade o andamento do caso, as perspectivas temporais de seu avanço e seus efeitos, tanto concretos quanto projetados. De modo geral, o empoderamento da sociedade será potencializado se a mudança social emergir de coalizões populares, ao invés do grupo dominante, embora isso nem sempre seja possível. É preciso, pelo menos, encorajar a participação e o engajamento daqueles que possivelmente serão atingidos pela mudança, de modo a viabilizar a mobilização em favor das medidas legislativas e executivas eventualmente necessárias para a implementação da decisão<sup>347</sup>.

Outros autores identificaram problema similar, afirmando que, no longo prazo, o não envolvimento da comunidade tem potencial para minar os resultados obtidos no processo. Leroy Clark exemplifica com o combate à discriminação no ambiente de trabalho. Não basta que um autor coletivo vença uma ação que a proíba. Os membros da classe devem saber como fazer para apresentar uma reclamação, os riscos que correm se tomarem essa medida e os fatos que precisam ser registrados

---

<sup>347</sup> Idem, *ibidem*.

para que sua situação pessoal seja passível de tutela jurisdicional. Portanto, não se deve superestimar o impacto das decisões judiciais, especialmente aquelas que pretendem produzir mudanças sociais duradouras, se não houver engajamento dos agentes por ela afetados. “*Class actions* destinadas a afetar os direitos de um grande número de pessoas podem ser erodidas no processo de implementação, se não existir mecanismo para informar a comunidade em geral dos seus novos direitos”<sup>348</sup>.

#### 6.4.5 Características do processo coletivo nos litígios irradiados

##### 6.4.5.1 A insuficiência dos modelos processuais tradicionais

Conforme os itens anteriores denotaram, os litígios coletivos irradiados exigem um modelo processual que dê conta de sua inerente complexidade e conflituosidade. Não se faz reforma estrutural com ordens judiciais pontuais, que determinem alterações de comportamentos específicos de instituições, nem se atingirá mudança social por intermédio de milhares de processos individuais que imponham ao Estado a prestação de serviços ou a entrega de bens a seus autores. Há vários casos que exemplificam a necessidade de adoção de um novo modelo para os litígios irradiados. Por exemplo, apenas em 2014, o Município de Campinas matriculou em creches 3.068 crianças em cumprimento de determinações judiciais proferidas em ações individuais. Essas milhares de ordens são apenas a continuidade de um fenômeno que já dura anos, sendo registradas 1.692 liminares em 2013, 1.547 em 2012 e 1.742 em 2011. Em quatro anos, portanto, o Poder Judiciário do estado de São Paulo foi sobrecarregado com mais de 8 mil processos idênticos e proferiu decisões para que crianças fossem matriculadas em estabelecimentos educacionais, independentemente de avaliação das estruturas disponíveis. O resultado, ao final do

---

<sup>348</sup> Idem, *ibidem*.

período, é a superlotação das salas de aula e a redução da qualidade do serviço prestado<sup>349</sup>.

Há vários grupos impactados nesse processo, com interesses não totalmente coincidentes. Primeiro, há os alunos que obtiveram a decisão, cujo interesse é a disponibilização da vaga. Segundo, há os alunos já matriculados, que foram prejudicados pelo aumento do número de crianças por sala, assim como os professores, que tiveram suas condições de trabalho depauperadas. Terceiro, há os municípios que contribuem para o custeio das creches, que serão impactados pela necessidade de ampliação dos serviços. No início de 2015, o município estimava um déficit de 7 mil vagas no sistema de educação pré-escolar. Os recursos para a criação dessas vagas serão necessariamente retirados de outras fontes orçamentárias. No serviço público de saúde, o problema relativo ao fornecimento de medicamentos ou realização cirurgias é em tudo similar. As ordens judiciais, em processos individuais, determinam a adoção de comportamentos, por parte do Estado, sem levar em conta as estruturas disponíveis e os efeitos colaterais da prestação.

Exemplos como esses denotam as limitações da resolução de litígios irradiados pelo modelo tradicional de processo, envolvendo apenas autor, juiz e réu. Haverá um claro problema de limitação de perspectivas. Nem todas as pessoas impactadas pela decisão terão oportunidade de participar do processo. Do ponto de vista teórico, denota-se a insuficiência da ideia de que os conflitos devem ser resolvidos pelo contraditório entre as partes, cuja participação legitima a decisão. Quando o conceito de parte se dissocia das figuras dos interessados ou impactados pela decisão, esse raciocínio perde seus fundamentos. Mais importante, do ponto de vista prático, o juiz não terá acesso a todos os fatos necessários para decidir, correndo o risco de produzir uma sentença desvinculada da realidade e, por essa razão, percebida pelos destinatários como injusta. Pior, a decisão pode se tornar inexecutável ou causar na comunidade impactada malefícios equivalentes àqueles que se pretendia remediar. Nos Estados Unidos, a experiência demonstrou aos juízes que o modelo tradicional de processo civil não é suficiente para resolver litígios de alta complexidade, por

---

<sup>349</sup> Notícia disponível em <[http://correio.rac.com.br/\\_conteudo/2015/02/ig\\_paulista/242246-lotacao-em-creches-de-campinas-une-educadores.html](http://correio.rac.com.br/_conteudo/2015/02/ig_paulista/242246-lotacao-em-creches-de-campinas-une-educadores.html)>. Acesso em 2.6.15.



trazer ao conhecimento do Judiciário apenas uma versão simplificada e irreal do problema existente<sup>350</sup>.

É possível que o juiz dê um passo para fora desse modelo tradicional e pretenda estabelecer a solução por meio de acordos com as partes. Extrajudicialmente, esse é o mecanismo utilizado rotineiramente pelos legitimados à celebração de compromisso de ajustamento de conduta, sobretudo os membros do Ministério Público. Ainda que esse modelo negocial diminua a possibilidade de que a decisão reflita apenas as concepções do juiz ou do tomador do compromisso, ele é insuficiente porque não se afasta totalmente do modelo processual tradicional, já que mantém o protagonismo dos atores formais do litígio, desvinculados das pessoas que, concretamente, terão que conviver com a decisão<sup>351</sup>. Nos Estados Unidos, em que os acordos são mais frequentes que os julgamentos, muitos autores vem objetando a essa abordagem. Primeiro, em razão da possibilidade de que ele não reflita todas as nuances do conflito. Susan Sturm exemplifica com um caso de dessegregação escolar em Saint Louis, no qual o Estado do Missouri não foi incluído na negociação do acordo e, posteriormente, apresentou objeções e se tornou um dos maiores obstáculos para sua celebração<sup>352</sup>. A polêmica de *Martin v. Wilkes*, já referida, em que um acordo para beneficiar bombeiros negros foi celebrado sem que os bombeiros brancos tivessem qualquer tipo de participação, também demonstra que o fato da solução ser acordada entre as partes e o juízo não é suficiente para garantir que todos os elementos do conflito foram considerados. Em segundo lugar, autores sustentam que um sistema em que a maioria dos litígios é resolvida mediante acordo carece de parâmetros de afirmação de conteúdo de valores públicos, que seriam reforçados pelo processo<sup>353</sup>. Terceiro, a negociação processual e, por meio dela, a participação, acaba sendo exercida predominantemente pelos advogados e outros profissionais do direito e é incerto que sua conduta seja dirigida

---

<sup>350</sup> STURM, Susan. A Normative Theory of Public Law Remedies. In: *Georgetown Law Journal*, vol. 79, n. 5, 1991, p. 1412.

<sup>351</sup> Para uma proposta de execução negociada no campo das políticas públicas, ver COSTA, Eduardo José da Fonseca. A “execução negociada” de políticas públicas em juízo. In: *Revista de Processo*, vol. 212, 2012, p. 25 e ss.

<sup>352</sup> STURM, Susan. A Normative Theory of Public Law Remedies. In: *Georgetown Law Journal*, vol. 79, n. 5, 1991, p. 1415.

<sup>353</sup> Por todos, ver FISS, Owen. Against Settlement. In: *Yale Law Journal*, Vol. 93, n. 6, 1984, p. 1073-1092.

pela vontade das partes que formalmente representam<sup>354</sup>. Pelo contrário, pesquisas têm demonstrado a tendência desses atores em prestigiar soluções que se adequem a suas interpretações do ordenamento jurídico, antes de se orientar pelos objetivos dos representados<sup>355</sup>. Quarto, é natural que os envolvidos formalmente na negociação não tenham visões objetivas sobre as deficiências de sua própria atuação enquanto representantes dos ausentes, acreditando que são representantes adequados de seus interesses quando, na verdade, não são. Pior, mesmo que esses atores percebam a insuficiência de sua atuação para dar conta de todas as nuances do conflito, eles podem não provocar a pluralização da atividade representativa, por razões estratégicas, ideológicas ou psicológicas<sup>356</sup>. Quinto, toda negociação envolve concessões recíprocas, cujo peso tende a recair nos grupos sub-representados. Finalmente, quando os processos são encaminhados para negociação, o juiz não estará presente em todos os momentos, o que limita sua capacidade de avaliar a justiça do acordo, em razão do desconhecimento das considerações que levaram à sua adoção. O juiz não poderá avaliar, por exemplo, se as concessões feitas pelo representante são suportadas de modo equânime pelos ausentes, ou se são proporcionais aos benefícios auferidos pela classe. O modelo negocial impõe severa limitação cognitiva ao juiz, que deve aquiescer ou não ao resultado de negociações que não acompanhou. Ele conhece apenas o acordo tal como é, não como poderia ter sido se as negociações fossem conduzidas de modo diverso, por exemplo, por outro representante. Não se deve imaginar, portanto, que a circunstância da decisão ser obtida por acordo entre as partes é suficiente para resolver as dificuldades inerentes aos litígios irradiados.

---

<sup>354</sup> ROSENBERG, David. Of End Games and Openings in Mass Tort Cases: Lessons From a Special Master. In: *Boston University Law Review*, vol. 69, 1989, p. 695-730.

<sup>355</sup> STURM, Susan. A Normative Theory of Public Law Remedies. In: *Georgetown Law Journal*, vol. 79, n. 5, 1991, p. 1415. Ver também MENKEL-MEADOW, Carrie. Toward another view of legal negotiation: the structure of problem solving. In: *UCLA Law Review*, vol. 31, 1984, p. 754-842.

<sup>356</sup> RHODE, Deborah L. Class Conflicts in Class Actions. In: *Stanford Law Review*, vol. 34, n. 6, 1982, p. 1183-1262.

#### 6.4.5.2 *Policentrismo, democrática deliberativa e o modelo processual do tipo town meeting*

Por todas as razões expostas no item anterior, o processo relativo a um litígio irradiado não pode ser apenas a adaptação do processo civil tradicional. A mutabilidade dos fatos e a diversidade de perspectivas exige instrumentos completamente novos e dissociados da noção de processo como um exercício para a resolução de problemas pretéritos pela subsunção dos fatos ao ordenamento jurídico. O processo nos litígios irradiados é um *town meeting*, cuja estruturação deve favorecer a manifestação dos diferentes subgrupos sociais atingidos, sopesando os interesses de cada um deles. Assim, conforme já demonstrado, a adequada representação de todos os interesses demandará, provavelmente, a atuação de mais de um legitimado coletivo. Não existe, nos litígios irradiados, “um ponto de vista da sociedade”<sup>357</sup>, de que alguém possa, sozinho, se dizer portador. É relevante a advertência de Robert Ackerman<sup>358</sup>:

Nós deveríamos ser cuidadosos, entretanto, quando falamos de “interesses da comunidade” em relação a disputas e comportamento litigante. Autoritarismo repressivo potencialmente se oculta por trás dessa expressão, se empregada como uma abstração sem substância ou sem questionamento em relação aos valores que estão sendo promovidos.

Além disso, a concepção do *town meeting* leva a um patamar totalmente novo a ideia de despolarização da demanda, apresentada por Antonio do Passo Cabral para analisar o art. 6º, §3º, da Lei 4.717/65<sup>359</sup>. O processo coletivo nos litígios irradiados é altamente despolarizado porque cada interesse impactado pela demanda tem pontos de convergência e de divergência com os demais, sendo

<sup>357</sup> COIMBRA, Rodrigo. Direitos e deveres com objeto difuso a partir da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais. In: *Revista de Direito Ambiental*, vol. 71, 2013, p. 117 e ss. O autor segue a linha de que os direitos difusos teriam caráter objetivo, e não subjetivo, tendo como paradigma o direito ao meio ambiente. A ideia de que os direitos transindividuais podem ser tratados como objetivos já foi negada no Capítulo 2, mas é preciso ressaltar que ela é ainda menos aplicável quando se trata de litígios irradiados.

<sup>358</sup> ACKERMAN, Robert M. Disputing together: conflict resolution and the search for community. In: *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, vol. 18, 2002, p. 28-91. Citação p. 44.

<sup>359</sup> CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e zonas de interesse: sobre a migração entre pólos da demanda. In: *Revista Forense*, vol. 404, 2009, p. 3-41.

impossível defini-los com lógicas duais de favorecimento ou antagonismo<sup>360</sup>. Há uma sociedade de interessados que compõe uma comunidade de comunicação, com o objetivo de solucionar ou, pelo menos, avançar na resolução de um problema multifacetado, altamente complexo e conflituoso. Embora o juiz e as partes formalmente representadas no processo acabem ocupando, inicialmente, posições centrais no debate, enquanto os demais integrantes da sociedade de interessados, comparativamente, ocupem posição periférica, é essencial que todos os envolvidos trabalhem para que essa diferença centro-periferia<sup>361</sup> se esmaieça progressivamente, no sentido de um diálogo mais aberto e horizontal<sup>362</sup>.

William Fletcher descreve esse fenômeno a partir do conceito de policentrismo, que é “característica de problemas complexos, com inúmeros ‘centros’ problemáticos subsidiários, cada um dos quais se relacionando com os demais, de modo que a solução de cada um depende da solução de todos os outros”<sup>363</sup>. O autor se vale da metáfora de uma teia de aranha, cuja tensão dos vários fios é determinada pela relação entre todas as partes da teia, de maneira que a intervenção em apenas um fio acarreta a redistribuição de tensão em toda a estrutura, implicando sua total

<sup>360</sup> Ver também MAZZEI, Rodrigo. A intervenção móvel da pessoa jurídica na ação popular e ação de improbidade administrativa (arts. 6º, § 3º, da LAP e 17, § 3º, da LIA). In: *Revista Forense*, vol. 400, 2008, p. 227-254.

<sup>361</sup> Os termos desse parágrafo são, obviamente, habermasianos, embora apropriados em um contexto diverso do original. Ver HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. Trad. William Rehg. Cambridge: MIT Press, 1996, cap. VIII: “According to Peters’s proposal, processes of communication and decision making in constitutional systems display the following features: they lie along a center-periphery axis, they are structured by a system of “sluices,” and they involve two modes of problem solving. The core area of the political system is formed by the familiar institutional complexes of administration (including the incumbent Government), judicial system, and democratic opinion-and will-formation (which includes parliamentary bodies, political elections, and party competition). Hence this center, distinguished from the periphery in virtue of formal decision-making powers and actual prerogatives, is internally organized as a “polyarchy””. Não interessa à presente tese avançar em considerações sobre a teoria do autor.

<sup>362</sup> O conceito de diálogo horizontal vem sendo valorizado por vários governos, ao tratar da participação dos cidadãos nas decisões estatais. Ver, por exemplo, COLOMBIA. *La participación ciudadana en la modificación excepcional del Plan de Ordenamiento Territorial de Bogotá*. D.C. Bogotá: Alcaldía Mayor de Bogotá D.C., 2013; MEXICO. *Participación Ciudadana... ¿Para Qué? Hacia Una Política De Participación Ciudadana En El Gobierno Federal*. Ciudad de Mexico: CITCC, 2008. No âmbito da União Europeia, o White Paper on Governance, adotado pela Comissão em 2001, estabeleceu cinco princípios para trazer os cidadãos para mais perto das instituições regionais: abertura, participação, prestação de contas, efetividade e coerência. A participação foi definida como o envolvimento sistemático dos cidadãos na elaboração e implementação de políticas, criando maior confiança nas instituições e no resultado final da política desenvolvida.

<sup>363</sup> FLETCHER, William. The discretionary Constitution: institutional remedies and judicial legitimacy. In: *The Yale Law Journal*, vol. 91, n. 4, 1982, p. 635-697. Citação p. 645.

reconfiguração. Os problemas policêntricos perpassam toda a sociedade e são, via de regra, pouco passíveis de resolução exclusivamente governamental<sup>364</sup>. O policentrismo legal se caracteriza pela presença simultânea de vários centros de interesses juridicamente protegidos no mesmo conflito. Conforme percebeu Lon Fuller, esse tipo de problema não pode ser adequadamente resolvido por técnicas tradicionais de adjudicação<sup>365</sup>.

O caráter policêntrico dos litígios irradiados exige a pluralização do diálogo processual como condição para uma solução que dê conta de todos os elementos do problema. A técnica para alcançar esse objetivo pode ser construída a partir da adaptação dos postulados da democracia deliberativa, desenvolvidos por Joshua Cohen. O autor apresenta cinco características principais desse modelo democrático, a saber: a) ela é uma associação presente e independente, cujos membros esperam que continue indefinidamente no futuro; b) as deliberações são feitas por participantes livres e iguais, por intermédio de regras decididas por eles mesmos, em relação às quais estão comprometidos; c) essas pessoas constituem uma associação pluralista, cujos membros têm variadas preferências, convicções e ideais que governam suas vidas, de maneira que, embora compartilhem o compromisso com a resolução dos problemas, eles têm objetivos divergentes; d) os indivíduos têm preferência por instituições nas quais a conexão entre a deliberação e os resultados sejam evidentes; e) os membros do debate reconhecem uns aos outros como capazes de deliberar razoavelmente e agir de acordo com o resultado da razão pública<sup>366</sup>.

Nos litígios irradiados, a sociedade de interessados, com seus subgrupos mais ou menos atingidos pela decisão, também compõe um diálogo que se espera tenha continuidade por um tempo razoável, embora deva buscar, na medida em que avança, soluções parciais para os problemas que enfrenta. Reconhece-se que as pessoas têm interesses e perspectivas distintas em relação ao litígio e aos seus

---

<sup>364</sup> Idem, p. 646.

<sup>365</sup> FULLER, Lon L. The Forms and Limits of Adjudication. In: *Harvard Law Review*, vol. 92, n. 2, 1978, p. 398.

<sup>366</sup> COHEN, Joshua. Deliberation and democratic legitimacy. In: HAMLIN, Alan e PETTIT, Philip. *The good polity: normative analysis of the state*. New York: Basil Blackwell, 1989, p. 17-34. A formulação citada no texto está na p. 21.

possíveis resultados, havendo possibilidade de se verificarem interesses igualmente lícitos, defendidos por pessoas que reconhecem reciprocamente suas capacidades deliberativas, que sejam contrapostos e mutuamente excludentes<sup>367</sup>. Todos os envolvidos esperam que do diálogo processual derivem resultados sociais, de modo que estarão tão mais motivados a dele participar quanto mais claramente perceberem essa conexão.

O único reparo necessário para a transposição da teoria de Cohen aos litígios irradiados é que não deve existir uma igualdade total entre os participantes do diálogo. A principal característica desse tipo de litígio é que subgrupos sociais distintos são afetados de maneiras diferentes pela lesão. Por essa razão, quanto mais intensas forem suas consequências para um subgrupo, ou seja, quanto mais próximo ele estiver do epicentro da lesão, mais as suas perspectivas e interesses devem ser consideradas e valorizadas. Pelo contrário, quanto mais periférico for o impacto da lesão sobre um subgrupo, menos relevante deverá ser reputada a sua contribuição. Como diz Laurence Tribe, quanto mais clara for a identidade dos atingidos pelos efeitos da decisão, mais clara se torna a necessidade de sua participação no processo<sup>368</sup>. É certo, ainda, que se estará diante de uma estrutura deliberativa dentro de uma representação, uma vez que o diálogo, salvo em eventos processuais específicos, não ocorrerá precipuamente entre os indivíduos que titularizam cada interesse, mas entre seus respectivos representantes.

Essa situação, apesar de descrita teoricamente, pode ser exemplificada pelo litígio decorrente da instalação de uma usina hidrelétrica. A única forma de se polarizar essa demanda é opor pessoas que consideram que a Usina deve ser construída àquelas que se opõe à sua construção. Fora desses extremos, a maior parte dos interesses estará em posições intermediárias, que favorecerão determinados aspectos do projeto e desfavorecerão outros. Se o empreendimento deslocou a população de uma cidade ou bairro, haverá pessoas insatisfeitas com o

---

<sup>367</sup> A possibilidade do conflito lícito-lícito foi esclarecida por ENTELMAN. Remo F. *Teoría de conflictos: hacia un nuevo paradigma*. Barcelona: Gedisa, 2005, p. 54.

<sup>368</sup> TRIBE, Laurence. *American Constitutional Law*. 2. ed. Mineola: The Foundation Press Inc, 1988, p. 667: “: On either view – the intrinsic or the instrumental – the case for due process protection grows stronger as the identity of the persons affected by a governmental choice becomes clearer; and the case becomes stronger still as the precise nature of the effect on each individual comes more determinately within the decisionmaker’s purview”.

deslocamento, outras que o consideram benéfico, e haverá uma miríade de posições intermediárias, de pessoas que estão, ao mesmo tempo, satisfeitas e insatisfeitas com diferentes aspectos do mesmo evento<sup>369</sup>. Esses interessados integrarão grupos mais próximos ao epicentro da lesão, em posições parcialmente compatíveis, mas também parcialmente conflitantes. Mais afastado dele estarão, por exemplo, os moradores das cidades vizinhas e da zona rural, que não serão deslocados, mas sofrerão impactos na dinâmica de suas relações com a cidade que se muda.

É impossível segmentar todos esses interesses para enquadrá-los em uma lógica de autor, réu ou terceiros intervenientes. Há subgrupos sociais que se identificam com os interesses do empreendedor, pelo menos em alguma medida, por serem beneficiados com a mudança proposta, outros que lhe são antagônicos e outros que não são nem favoráveis nem contrários, mas que pretendem a adoção de medidas alternativas, por exemplo, mitigatórias, para que o deslocamento ocorra. Por isso, existem zonas de interesse<sup>370</sup> mais ou menos superpostas, que colocam esses subgrupos em posições opostas em relação a algumas pretensões ou parcelas de pretensões, ao mesmo tempo em que estão aliados em outras, todas relativas ao mesmo litígio. A representação visual de um litígio irradiado não é a de dois campos opostos, mas a de vários círculos tridimensionalmente agrupados, que se interceptam mutuamente, em profundidades variadas ou, como propôs Fletcher, uma teia de aranha, cujos fios representam os diversos centros emaranhados do mesmo problema<sup>371</sup>.

---

<sup>369</sup> Essa situação, conforme citado anteriormente, ocorreu no litígio relativo à instalação de usina hidrelétrica no município de Aimorés/MG. O alagamento acarretou o deslocamento de todo um município, denominado Itueta. Vários veículos de imprensa noticiaram a situação de penúria do município, em parte devida à alteração de sua localização. Ver, por exemplo, <<http://noticias.r7.com/cidades/noticias/falta-de-emprego-faz-jovens-abandonarem-itueta-mg-20101017.html>>; <[http://www.istoe.com.br/reportagens/2086\\_ESTA+CIDADE+VAI+DE+SAPARECER](http://www.istoe.com.br/reportagens/2086_ESTA+CIDADE+VAI+DE+SAPARECER)>; <<http://www.otempo.com.br/capa/economia/cidade-partida-hidrelétrica-divide-itueta-1.305148>>. Acesso em 2.6.15. Um interessante trabalho científico sobre esse evento foi feito por COSTA, Priscila Rosa Bandeira. *O sentido diferenciado do deslocamento compulsório da população de Itueta, MG*. Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação em Geografia da Universidade Federal do Espírito Santo. Orientador: Profa. Dra. Eneida Maria Souza Mendonça. Vitória, 2011.

<sup>370</sup> A expressão foi utilizada por CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e zonas de interesse: sobre a migração entre pólos da demanda. In: *Revista Forense*, vol. 404, 2009, p. 29-34, embora com objetivos um pouco distintos dos apresentados no texto.

<sup>371</sup> FLETCHER, William. The discretionary Constitution: institutional remedies and judicial legitimacy. In: *The Yale Law Journal*, vol. 91, n. 4, 1982, p. 645. Também é possível representar a imagem referida no texto pelo recurso aos *overlapping circles*, recorrentemente utilizados pelos matemáticos.

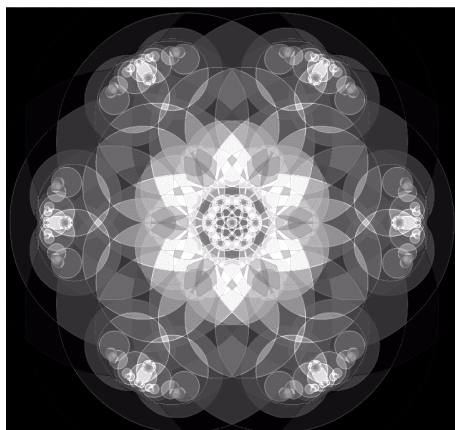
Fica claro que se o legitimado coletivo defende os interesses de um desses grupos, no processo coletivo, estará desfavorecendo os demais e, por essa razão, não poderá ser considerado adequado representante de todos, simultaneamente. Se ele formula a pretensão de manter os habitantes onde estão, estará representando apenas uma parte dos interesses sociais impactados, não todos eles. Se firma um acordo para aceitar o deslocamento populacional, com determinadas condições, somente poderá se proclamar representante das pessoas que aceitam a mudança e as condições estabelecidas, não das que não querem se mudar sob condição alguma, nem das que querem ir sob outras condições. Isso não significa que um subgrupo seja necessariamente adversário do outro, ou que o legitimado coletivo esteja em conluio com o empreendedor. Demonstra apenas que as dualidades com as quais o processo se acostumou a operar são insuficientes para explicar o fenômeno dos litígios irradiados.

#### 6.4.5.3 A mutabilidade e o moto-perpétuo entre conhecimento e execução

O segundo problema delicado do desenvolvimento de um modelo processual para os litígios irradiados é sua mutabilidade fática, que os torna incompatíveis com as

---

Essa figura, quando traçada adequadamente, retrata toda a rica configuração dos litígios irradiados, com um centro de maior densidade, onde os círculos se interceptam diversas vezes, representando o epicentro da lesão, e uma periferia mais rarefeita, na qual os interesses são menos intensos e significativos. A ilustração a seguir foi elaborada por BURNS, Anne M. *Recursion in Nature, Mathematics and Art*. Disponível em <<http://www.mi.sanu.ac.rs/vismath/bridges2005/burns/index.html>>. Acesso em 24.6.15.





noções de estabilização da demanda, preclusão e, notadamente, com a coisa julgada. A mera existência do processo é suficiente para alterar a realidade. Se um autor coletivo imputa a um hospital ou a uma penitenciária abusos contra as pessoas sob sua responsabilidade, é provável que seus gestores, ao tomarem ciência da ação, providenciem mudanças, ainda que periféricas ou cosméticas, para atenuar ou desacreditar a narrativa da petição inicial. Ao fazer alterações simples, que atendam às reivindicações mais periféricas do grupo envolvido, o réu altera os fatos que embasam a pretensão e predispõe o juiz contra ela, ao mesmo tempo em que se beneficia da compreensível reticência do julgador em ingressar em assuntos complexos e alheios à sua atividade rotineira.

A mutabilidade também decorre das características inerentes ao litígio. Ainda no exemplo do deslocamento populacional decorrente de um alagamento, mesmo que se obtenha a concordância de todas as pessoas com a alteração do local da cidade, somente depois da mudança procedida esses indivíduos verificarão se as consequências antecipadas serão concretizadas. A experiência, nesses casos, vem demonstrando que, via de regra, os aspectos positivos previstos são superestimados, enquanto os aspectos negativos são menosprezados<sup>372</sup>. Mesmo que assim não seja, é inviável pretender que a sociedade deva suportar consequências imprevistas de suas decisões, baseadas em prognósticos, se a realidade não lhes é conforme. Além disso, há problemas que são verificáveis somente após o deslocamento, tais como a qualidade da construção da nova cidade e as novas dinâmicas com as cidades vizinhas. Por essa razão, não se pode pretender vincular as partes processuais ou o juiz a uma decisão adotada com base no cenário existente por ocasião da apresentação da petição inicial, quando a passagem do tempo é capaz de alterar a realidade. Também não há como se imaginar uma fase probatória que se encerra em um momento determinado, se as condições fáticas se alteram continuamente. A aplicação da lógica processual tradicional a um litígio irradiado transforma o juiz no avaliador de uma realidade de papel, que provavelmente favorecerá os ricos em detrimento dos pobres, a maioria em detrimento da minoria, repetindo a incidência do que vem sendo denominado

---

<sup>372</sup> No caso de Itueta, essa é a conclusão de COSTA, Priscila Rosa Bandeira. *O sentido diferenciado do deslocamento compulsório da população de Itueta, MG*. Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação em Geografia da Universidade Federal do Espírito Santo. Orientador: Profa. Dra. Eneida Maria Souza Mendonça. Vitória, 2011.

“racismo ambiental”, a percepção de que o custo social de grandes empreendimentos públicos é reiteradamente suportado pelos grupos vulneráveis, pobres, negros, quilombolas, índios, ribeirinhos, dentre outros, enquanto seus benefícios são colhidos pela classe dominante<sup>373</sup>. É inaceitável que se obrigue o juiz, em nome da estabilização da demanda, a decidir ou executar uma decisão relativa a um litígio que deixou de existir concretamente.

Nesses termos, a decisão de um litígio irradiado nunca é algo acabado, mas um constante refazer. Se hoje fosse definitivamente julgado um litígio que resolvesse todos os problemas de prestação de saúde pública no Brasil, que estabelecesse, para além de qualquer dúvida, todas as responsabilidades do Estado para com a saúde dos cidadãos, amanhã seria necessária sua reabertura. Novas descobertas científicas seriam publicadas, técnicas que eram experimentais passariam a ser regulamentadas, medicamentos até então considerados milagrosos poderiam ser reputados causadores de efeitos colaterais severos<sup>374</sup>. A mesma percepção é válida para reformas em instituições educacionais, prisões ou hospitais psiquiátricos. A mutabilidade das condições do litígio deve ser refletida na alteração do provimentos jurisdicionais. Litígios irradiados se amalgamam de tal modo à sociedade que a noção de coisa julgada, a esperança de que existirá uma solução definitiva e imutável para o conflito, precisa ser abandonada. A alteração de um fio na teia policêntrica do litígio reconfigura toda a realidade<sup>375</sup>. O máximo que se pode imaginar, como horizonte para o processo, nesse contexto, é a definição de indicadores que, uma vez alcançados, permitirão a concretização de metas parciais, aceitáveis até que a realidade se altere.

---

<sup>373</sup> Como disse Desmond Tutu, “se você é neutro em situações de injustiça, você escolheu o lado do opressor. Se um elefante coloca o pé sobre o rabo de um rato e você diz que é neutro, o rato não apreciará a sua neutralidade”. Sobre os problemas de implementação da justiça ambiental, ver ACSELARD, Henri; HERCULANO, Selene; PÁDUA, José Augusto (orgs.). *Justiça Ambiental e Cidadania*. Rio de Janeiro: Relume Dumar, 2004. Ver também LAZARUS, Richard. Pursuing “environmental justice”: the distributional effects of environmental protection. In: *Northwestern University Law Review*, vol. 87, n. 3, 1993, p. 787-857, bem como BULLARD, Robert. *Dumping in Dixie: race, class and environmental quality*. Boulder: Westview Press, 1990.

<sup>374</sup> É irônico imaginar que se o lançamento da talidomida tivesse ocorrido no presente, juízes em todo o Brasil provavelmente teriam condenado o Estado a fornecer o medicamento graciosamente a gestantes, apenas para que se descobrisse, em alguns anos, seus efeitos maléficos. Não é impossível, dado o número impressionante de litígios para o fornecimento de medicamentos, que essa triste realidade se concretize no futuro.

<sup>375</sup> FLETCHER, William. The discretionary Constitution: institutional remedies and judicial legitimacy. In: *The Yale Law Journal*, vol. 91, n. 4, 1982, p. 649.

A impossibilidade de resolução total do litígio, pela via da coisa julgada, faz com que seja inviável imaginar, em litígios irradiados, rígidas diferenças entre fase de conhecimento e fase de execução. Exigir que um litígio seja integralmente julgado para depois ser implementado significa exigir que a decisão seja aplicada em um mundo que não mais existe. Por essa razão, ela se tornará injusta ou, no mínimo, ineficaz. Como demonstra a experiência norte-americana em processos estruturais, a decisão judicial, na fase de conhecimento, se limita a reconhecer a ilegalidade da situação e, quando muito, a fixar metas para sua solução. Fora isso, mesmo após a sentença ou o acordo, “no mínimo, ao invés de encerrar o caso, os juízes comumente retêm jurisdição, para supervisionar a implementação de suas decisões e fazer as necessárias modificações ou esclarecimentos, à medida que os problemas surgem”<sup>376</sup>. Assim, à medida que a execução se desenvolve, o juiz cria os passos necessários à implementação incremental da resposta desejada. Sua função passa a se assemelhar mais à de um administrador que à de um adjudicador. Como diz Susan Sturm, não se trata de, como em um processo tradicional, descobrir a verdade e determinar responsabilidades, mas de resolver problemas<sup>377</sup>. Na medida em que a realidade se altera, pela passagem do tempo e também pela efetivação das providências anteriormente determinadas, cabe ao juiz reestruturar a ordem inicial e modificar os planos, de acordo com o novo contexto. Não existe decisão aderente à realidade do direito material se não se levar em consideração que a realidade não é estática.

Argumentar-se ia que esse modelo coloca um peso excessivo sobre o réu, que será obrigado a adotar variadas providências, custosas e talvez conflitantes, ao longo da execução. Em verdade, esse risco, que é inerente ao litígio, deve ser encarado como um estímulo para que o réu se esforce ao máximo para obter o resultado visado pela decisão, ou pelo menos se aproximar dele, do modo mais rápido, eficiente e barato possível. Ao contrário do sistema atual, que fornece estímulos racionais para o responsável obstar e protelar o cumprimento das decisões em seu desfavor, em razão das penalidades baixas e raramente aplicadas, um sistema que

<sup>376</sup> LOTTMAN, Michael S. Paper Victories and Hard Realities. In: BRADLEY, Valerie e CLARKE, Gary. *Paper Victories and Hard Realities: the implementation of the legal and constitutional rights of the mentally disabled*. Washington, D.C.: The Health Policy Center of Georgetown University, 1976, p. 94.

<sup>377</sup> STURM, Susan. A Normative Theory of Public Law Remedies. In: *Georgetown Law Journal*, vol. 79, n. 5, 1991, p. 1377.

o vincule a um objetivo final, e não à adoção de providências específicas, fixadas na sentença, o estimularia a envidar todos os esforços na busca expedita de uma solução que beneficie efetivamente a classe. Na maioria dos casos, será impossível que essa solução seja imaginada no decorrer do processo de conhecimento e, mesmo se for, é possível que a realidade no momento da execução torne o esforço pretérito inútil. Não há como separar a sentença de sua implementação, o comando de sua efetivação. O comando é criado e recriado à medida que é realizado.

Além da retenção de jurisdição, outros mecanismos, relatados por Michael Lottman<sup>378</sup>, são usualmente adotados por juízes, nos Estados Unidos, e teriam potencial para contribuir para a resolução mais eficaz de litígios irradiados no Brasil. Em primeiro lugar, os juízes determinam, rotineiramente, que o réu apresente relatórios periódicos sobre o cumprimento da decisão. Esses relatórios devem ser detalhados e precisos, e incluir justificativas para as metas que não forem cumpridas, descrição dos valores gastos e o cronograma de cumprimento final da decisão, atualizado a cada passo. Segundo, é comum a determinação de que o réu permita que o autor, ou alguém sob suas ordens, tenha acesso irrestrito aos locais e registros pertinentes ao cumprimento da ordem, para fiscalizar o seu desenvolvimento. Lottman considera isso uma “condição *sine qua non* de qualquer execução”<sup>379</sup>. Em terceiro lugar, o juízo pode nomear terceiros para fiscalizar o cumprimento da decisão, nos moldes dos *special masters*, levando ao seu conhecimento os fatos e violações pertinentes ao objeto do processo. Eles devem ser informados de todas as atividades adotadas e ter liberdade de participar de quaisquer reuniões ou eventos relevantes para a decisão de futuras providências. Esses agentes têm autoridade inclusive para ouvir pessoas em nome do juízo e podem sugerir determinações a serem adotadas pelo juiz.

Fora do mundo dos especialistas, os juízes também reconhecem, rotineiramente, a necessidade de se nomear pessoas comuns para avaliar o andamento do cumprimento de uma decisão. No cotidiano dos litígios irradiados, há situações em

---

<sup>378</sup> LOTTMAN, Michael S. Paper Victories and Hard Realities. In: BRADLEY, Valerie e CLARKE, Gary. *Paper Victories and Hard Realities: the implementation of the legal and constitutional rights of the mentally disabled*. Washington, D.C.: The Health Policy Center of Georgetown University, 1976, p. 93-105.

<sup>379</sup> Idem, p. 94.

que uma decisão, ainda que tecnicamente adequada, está em descompasso com os anseios da comunidade afetada. Os litígios relativos à dessegregação escolar, já referidos, demonstram com riqueza como um objetivo dos mais nobres pode ir contra as pretensões de seus beneficiários. Assim, em *Wyatt v. Stickney*<sup>380</sup>, um caso do Alabama relativo a tratamento institucional de pacientes psiquiátricos, o juiz nomeou uma comissão de cidadãos, não especializados em saúde mental, para supervisionar as atividades de cada uma das instituições em questão, sob o ponto de vista da dignidade e dos direitos humanos dos pacientes.

No caso do hospital de Willowbrook, um mecanismo similar, mas mais complexo, foi desenvolvido, com a criação de um painel de revisão, composto por duas pessoas escolhidas pelo réu, três indicadas pelo autor e dois especialistas em saúde mental, com poder geral de supervisão das providências necessárias para o cumprimento da decisão. O painel tinha autonomia para contratar três assessores em tempo integral e autoridade para acessar todas as informações, arquivos, prédios, pacientes e empregados que fossem necessários para obter informações sobre o andamento da implementação do acordo. De posse dessas informações, o painel tinha autoridade para expedir recomendações vinculantes para o réu, inclusive fixando prazos para o seu cumprimento, mesmo que esses prazos não fizessem parte do acordo original. Ao painel também cabia resolver todos os descentendimentos relacionados à interpretação do acordo, com possibilidade de recurso ao juiz, no prazo de quinze dias. Se não houvesse recurso, as decisões eram vinculantes. O painel também recebia reclamações de qualquer pessoa interessada no litígio, podendo determinar medidas para a correção do que lhe fosse relatado, ou do que descobrisse por intermédio de suas próprias investigações<sup>381</sup>.

---

<sup>380</sup> *Wyatt v. Stickney* 325 F. Supp 781(M.D. Ala.1971).

<sup>381</sup> LOTTMAN, Michael S. Paper Victories and Hard Realities. In: BRADLEY, Valerie e CLARKE, Gary. *Paper Victories and Hard Realities: the implementation of the legal and constitutional rights of the mentally disabled*. Washington, D.C.: The Health Policy Center of Georgetown University, 1976, p. 96-97.

#### 6.4.5.4 *A insuficiência da legislação projetada brasileira em relação aos litígios irradiados*

Um modelo processual fluido, sem polos definidos e que tende a não ter fim pode parecer caótico, mas, em verdade, tem potencial para ampliar a legitimidade da atuação jurisdicional nesse tipo de litígio, por vários motivos. Primeiro, ele passa a refletir melhor a realidade, em oposição ao formato tradicional, que, ao simplificá-la, deixa de fazer jus ao seu verdadeiro perfil. Segundo, apesar de todo o debate acadêmico, boa parte do apoio à intervenção jurisdicional em litígios irradiados decorre da percepção de que ela atinge bons resultados, em comparação com o que existiria em sua ausência. Se as intervenções judiciais em políticas públicas gerassem, reiteradamente, resultados desastrosos, é improvável que elas fossem vistas com simpatia, como são, em vários países do mundo. Dizia Abram Chayes, ainda na década de 1970, que “a atuação judicial só atinge tal legitimidade por responder, ou melhor, por agitar a profunda e duradoura demanda por justiça de nossa sociedade”. E, mais adiante, “na prática, senão em palavras, a tradição legal americana sempre reconheceu a importância de resultados substantivos para a legitimidade e responsabilidade da ação judicial”.<sup>382</sup> Se a contemporaneidade exige que o juiz atue como um legislador ou como um administrador, ele precisa fazê-lo com qualidade.

Nesse sentido, os projetos de lei apresentados no Brasil, nos últimos tempos, são tímidos para dar conta dos litígios irradiados. O Projeto de Lei 5.139/09, Projeto de Nova LACP, que é o resultado concreto de anos de discussão acadêmica, mantém uma estrutura de processo civil que é rigorosamente a mesma que existe no processo individual, com algumas poucas flexibilizações e atenuações. O processo continua sendo bilateral, restrito às partes formais, com algumas poucas aberturas à possibilidade de que o juiz conduza audiências públicas. Ao final, dispõe, em seu art. 69, que o CPC continuaria se aplicando ao processo coletivo, no que coubesse<sup>383</sup>.

---

<sup>382</sup> CHAYES, Abram. The Role of the Judge in Public Law Litigation. In: *Harvard Law Review*, vol. 89, n. 7, 1976, p. 1281-1316. Citação p. 1316.

<sup>383</sup> Os termos são um pouco mais requintados, mas o resultado é o mesmo: “Art. 69. Aplica-se à ação civil pública e às demais ações coletivas previstas nesta Lei, subsidiariamente, a Lei n 5.869, de 1973

O Projeto de Lei 8.058/14, que “institui o processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário”, embora enuncie uma série de princípios e características desejáveis a um processo coletivo estrutural, tais como o caráter policêntrico, dialogal, colaborativo e flexível do processo, pouco faz para implementá-los. A petição inicial, por exemplo, continua tendo que obedecer aos requisitos do CPC, devendo indicar “com precisão a medida necessária para implementação ou correção da política pública, bem como a autoridade responsável por sua efetivação”, o que é a antípoda da realidade dos litígios irradiados. Não se pode esperar que a solução para problemas graves e sistêmicos possa ser descrita, em poucas palavras, em uma petição inicial, nem que uma autoridade, sozinha, seja capaz de solucioná-los. Basta pensar no exemplo mais rotineiro, que é a falta de medicamentos no Sistema Único de Saúde. Não há como indicar, com precisão, qual medida resolve esse problema, eis que ele decorre de vários fatores, e menos ainda qual autoridade deve saná-lo, já que ele está sujeito a múltiplas influências.

O Projeto prevê também a possibilidade de que o juiz condene o réu a obrigações de fazer sucessivas, abertas e flexíveis, de acordo com um cronograma de implementação da política pública, passíveis de serem revistas periodicamente. Entretanto, esse planejamento será objeto de debate apenas entre as partes, o Ministério Público, na condição de fiscal da ordem jurídica e, “quando possível e adequado, representantes da sociedade civil” (art. 18). Não se institui, portanto, um verdadeiro debate social do problema, que reflita as múltiplas perspectivas dos variados segmentos da sociedade impactados com a decisão. A discussão, salvo se os atores processuais o desejarem, permanece restrita ao processo e a seus protagonistas.

A proposta contempla, ainda, a mutabilidade da decisão, permitindo sua alteração na fase de execução, mas não lida com o problema dos limites ou dos requisitos dessa reformulação. Parte-se do pressuposto de que as modificações serão meros ajustes “às peculiaridades do caso concreto”, e não a constante construção e reconstrução necessária às soluções de problemas desse grau de complexidade e conflituosidade. Tanto é assim que o art. 30, §4º, regulamenta os efeitos da coisa

---

– Código de Processo Civil, naquilo em que não contrarie suas disposições e desde que seja compatível com o sistema de tutela coletiva”.

julgada por simples remissão aos arts. 103 e 104 do CDC, sem qualquer detalhamento de como deverão ser operadas concretamente as mutações da decisão<sup>384</sup>. Em resumo, o projeto, sem embargo de conter dispositivos interessantes, parte de premissa equivocada quanto às características dos litígios que pretende resolver, retratando-os como mais simples do que são na realidade.

#### *6.4.5.5 Participação da sociedade: possibilidades e limites da construção de um modelo processual coletivo para os litígios irradiados*

É perceptível, a partir dos exemplos apresentados, que as restrições próprias da estrutura processual civil, enraizadas no pensamento jurídico, dificultam que o juiz tenha possibilidade de coletar os dados pertinentes e necessários à decisão dos litígios irradiados, a capacidade de interpretar esses dados e de definir se eles são indicadores válidos e confiáveis da realidade social subjacente ao conflito<sup>385</sup>. Em razão dessa constatação, Susan Sturm sugere que o processo de decisão e de implementação de medidas de reforma estrutural deve dar oportunidade significativa de participação a todos os que são afetados pela alteração que se pretende realizar, seja na qualidade de usuários ou agentes da instituição. A participação, portanto, incluiu toda a sociedade potencialmente afetada pela decisão, seja na condição de destinatária de seus benefícios ou em posição de bloquear a sua implementação. Nas situações em que não for possível a participação direta, representantes com algum grau de responsabilidade perante o grupo devem ser chamados a participar<sup>386</sup>.

---

<sup>384</sup> O dispositivo criticado sequer aponta qual das três regras distintas de incidência da coisa julgada, previstas no art. 103, pretende ver aplicada aos processos que regulamenta. Ao que parece, seria necessário que o juiz verificasse se o direito material subjacente é difuso, coletivo ou individual homogêneo para determinar qual regime de coisa julgada seria aplicável ao caso. Essa tentativa, conforme demonstrado no Capítulo 2, estaria fadada ao fracasso.

<sup>385</sup> ROSENBERG, Janet e PHILLIPS, William R. F. The Institutionalization of Conflict in the Reform of Schools: A Case Study of Court Implementation of the PARC Decree. In: *Indiana Law Journal*, vol. 57, 1982, p. 425-449.

<sup>386</sup> STURM, Susan. A Normative Theory of Public Law Remedies. In: *Georgetown Law Journal*, vol. 79, n. 5, 1991, p. 1410.



A participação deve ser potencializada pelas técnicas adotadas para se chegar à decisão. É inútil permitir ou mesmo demandar a participação dos indivíduos, se a decisão final for tomada sem dar atenção a suas contribuições. Assim, as formas de interação usadas no processo decisório devem promover o envolvimento, a cooperação, a educação e a busca pelo consenso entre os participantes<sup>387</sup>. Ao mesmo tempo, tais técnicas devem ser orientadas no sentido de mitigar as desigualdades de poder, recursos ou educação entre os participantes e respeitar a integridade das instituições governamentais envolvidas<sup>388</sup>. Tratando do licenciamento ambiental, Luis Enrique Sánchez expõe o espectro de participação pública elaborado pela *International Association for Public Participation*, que explicita etapas crescentes de participação social, em tudo adaptáveis ao processo coletivo nos litígios irradiados. O nível mais básico de participação é a informação, cujo objetivo é auxiliar o público a entender o problema, suas alternativas, oportunidades e soluções. Nessa etapa, a participação pode ser implementada mediante distribuição de impressos resumidos, reuniões abertas e disponibilização de dados em websites. O segundo nível do espectro é a consulta, que consiste em obter retorno do público em relação à informação disponibilizada, reconhecendo suas preocupações e aspirações. As técnicas adequadas a esse nível são a recepção de comentários públicos, a realização de pesquisas de opinião e de *foci groups* e a promoção de reuniões públicas com segmentos específicos da sociedade interessada. No terceiro nível, o objetivo da participação é envolver a população destinatária do processo, fazendo com que ela trabalhe em conjunto com o representante na investigação e formulação da pretensão, o que garante que suas preocupações serão compreendidas, consideradas e refletidas no resultado final. Como essa etapa já envolve um maior grau de detalhamento, os eventos

---

<sup>387</sup> Afirma Berizonce: “El método dialogal impulsado por el tribunal en un marco de mayor publicidad y transparencia del procedimiento en general, que “expone” a las partes y las compromete en la búsqueda de soluciones consensuadas al diferendo y, por otro, reserva a aquel la función arbitadora entre los intereses en conflicto. El diálogo público entre las partes, se alienta con la esperanza que sea fructífero, especialmente por la participación habitual de organismos administrativos o grandes corporaciones públicas o privadas; y se enriquece con la intervención de terceros, *amicus curiae*, que expresan sus aportes con mira a la salvaguarda del interés general de la comunidad. Se trata –como se ha señalado – de un modelo normativo basado en la institucionalización de procedimientos democráticos, un verdadero paradigma cooperativo de administración de justicia. BERIZONCE, Roberto Omar. Los conflictos de interés público. In: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, vol. 1, 2015, p 161-188.

<sup>388</sup> Idem, *ibidem*.

participativos precisam ter dimensões menores, que viabilizem um diálogo mais qualificado. Sánchez sugere a realização de oficinas de trabalho, com a participação de alguns líderes do grupo social, bem como de consultas deliberativas. No quarto nível, o envolvimento evolui para a colaboração. Busca-se estabelecer parcerias com o público para cada aspecto das decisões que deverão ser adotadas em razão do processo, incluindo a proposição de alternativas e a identificação da solução preferida, entre as possibilidades construídas nos níveis anteriores. As técnicas de composição de comitês consultivos de cidadãos, a tomada de decisões participativas e a construção de consenso são adequadas nesse nível. Finalmente, o último grau do espectro participativo, que é o objetivo final da participação pública, é o empoderamento, na qual se coloca a decisão final nas mãos do público, implementando-se aquilo que ele decidir. As técnicas aqui são a delegação das decisões aos membros da comunidade e as votações<sup>389</sup>.

Para que a participação possa ser efetiva, é preciso que os critérios de fixação da competência jurisdicional sejam redefinidos. Dados os diferentes graus de impacto da lesão sobre a sociedade, a competência deve ser estabelecida em favor do juízo mais próximo ao epicentro do litígio, independentemente do tamanho total do grupo. Esse juiz é o mais apto a propiciar o maior grau de participação significativa aos grupos que mais importam para o conflito, tendo a tarefa de velar para que os níveis do espectro de participação pública sejam progressivamente alcançados. Nesse contexto, a decisão não é tomada em apenas um momento, mas também durante todo o período de sua implementação, que pode durar vários anos. Ela não tem como objetivo apenas encerrar o envolvimento judicial na controvérsia<sup>390</sup> e sua fundamentação deve ser menos preocupada com a teorização jurídica do que com os fatos apurados, justificando concretamente a superioridade da alternativa

---

<sup>389</sup> SÁNCHEZ, Luis Enrique. *Avaliação de impacto ambiental: conceitos e métodos*. 2. ed. São Paulo: Oficina de Textos, 2013, cap. 16.

<sup>390</sup> Idem, ibidem. Ver também FLETCHER, William. The discretionary Constitution: institutional remedies and judicial legitimacy. In: *The Yale Law Journal*, vol. 91, n. 4, 1982, p. 635-697. Na p. 649, o autor aponta que um dos defeitos da atuação do Judiciário em problemas policêntricos é que "courts have no institutional authority to assess normatively the ends of possible solutions to non-legal polycentric problems. The formulation of the remedial decree thus depends to an extraordinary extent on the moral and political intuitions of one person acting not only without effective external control over his or her actions, but also without even the internal control of legal norms".

abraçada sobre as demais que estiverem disponíveis, em termos de justiça, efetividade e potencial para ser colocada em prática<sup>391</sup>.

Ao final, é preciso apontar que um modelo do tipo *town meeting* também tem suas limitações. Ele demanda que o juiz se afaste do seu papel tradicional, se coloque em posição mais próxima à das partes, dedicando substancial parcela de seu tempo a um único processo, o que, na realidade brasileira, pode significar deixar milhares de outros em segundo plano. Além disso, a diversidade de características dos litígios englobados nessa categoria impede que se afirme, antecipadamente, que todo o trabalho envolvido na formatação de um processo no tipo *town meeting* será recompensado. A participação dos destinatários da decisão pode não ocorrer ou não contribuir como se esperaria para a melhoria da instituição ou para a reconfiguração da realidade que se pretende modificar.

Se esse tipo de processo exige ou não um juiz “Hércules” é algo a ser debatido. É evidente que a carga de trabalho de um juiz no Brasil é quantitativamente desproporcional à de outros lugares do mundo<sup>392</sup>. Mas também é verdade que boa parte dessa carga é composta de repetição de atos processuais previamente elaborados para outros casos idênticos. O Judiciário brasileiro tem tentado estabelecer parâmetros estatísticos para a avaliação de produtividade de juízes, mas, até agora, os dados são incompletos<sup>393</sup> e pouco parametrizados entre os diferentes tribunais<sup>394</sup>. Independentemente disso, é preciso considerar que um

---

<sup>391</sup> Idem, p. 1411.

<sup>392</sup> No período em que a pesquisa desta tese foi realizado na Universidade de Stanford, um juiz japonês, encarregado de uma vara especializada em responsabilidade civil médica, relatou que julga aproximadamente 100 casos por ano. Não é incomum encontrar juízes brasileiros que profiram mais que esse número de sentenças em um mês, sobretudo entre os que lidam com processos de menor complexidade.

<sup>393</sup> Consulta ao site Justiça Aberta, do Conselho Nacional de Justiça, em 28.10.14, revelou, por exemplo, que a produtividade dos juízes do Estado de Minas Gerais não estava cadastrada no sistema.

<sup>394</sup> Existem classificações de sentenças elaboradas para fins estatísticos, de acordo com a complexidade de sua elaboração. Essas classificações, contudo, não são uniformes em todos os tribunais e não estão incorporadas na estatística divulgada pelo Conselho Nacional de Justiça, que classifica as sentenças apenas em com ou sem resolução de mérito. Poucos tribunais divulgam seus próprios controles estatísticos de produtividade. As informações de transparência pública estão invariavelmente focadas na atividade meio, especialmente nos aspectos de gestão financeira, e desvinculadas da atividade fim. Mesmo a estatística do Conselho Nacional de Justiça, cujo objetivo explícito é dar conta da atividade fim do juiz, não cumpre esse papel, porque a falta de consideração de variáveis – complexidade dos atos processuais, períodos de ausência justificada do juiz, atuação em varas e atividades distintas da original – assim como a forma como os dados são catalogados

modelo com as características aqui descritas seria aplicável a poucos casos sob os cuidados de cada juiz. Não existem muitos litígios irradiados, em que a atuação com esse grau de dificuldade seria demandada. Se na localidade houver varas especializadas em demandas coletivas, a carga de processos do juiz seria significativamente menor, o que permitiria a atuação nos moldes propugnados. Em varas não especializadas, o mais provável é que cada julgador tenha, quando muito, um ou dois casos que demandem o grau de atenção aqui relatado, o que não parece ser suficiente para inviabilizar o restante do trabalho. O problema, portanto, não seria de condições materiais<sup>395</sup>. Os obstáculos à condução de litígios irradiados, por intermédio de um processo no modelo *town meeting*, parecem ser mais significativos do ponto de vista cultural, que demanda o afastamento do juiz do papel que ele concebe para si, e do ponto de vista da expertise, por exigir conhecimentos e habilidades que não são inerentes à sua formação.

Outra dificuldade inerente aos litígios irradiados é a impossibilidade de se garantir aos envolvidos o direito de *opt-out*. Apesar de toda a sua complexidade e conflituosidade, bem como do risco de que o processo cause grande impacto nas vidas dos integrantes dos subgrupos mais próximos ao epicentro da lesão, não há como imaginar a possibilidade de se autorizar a *opt-out* para os envolvidos, a não ser em termos de compensações financeiras relativas a danos individuais. Fora isso, a solução do litígio como um todo precisa ser formulada para toda a sociedade, de modo indivisível. O problema dos atuais processos que visam a modificação de políticas públicas, no Brasil, decorre da inexistência da formulação de uma solução geral, não em razão do *opt-out*, mas da aceitação, pelo Judiciário, de processos individuais para tratar questões que deveriam ser resolvidas estruturalmente. O fornecimento público de tratamentos de saúde deveria ser realizado em igualdade de condições para todas as pessoas, ao invés de se privilegiar aqueles que

---

impede que o leitor responda às duas mais simples perguntas que se poderia formular para que essa divulgação fizesse sentido: quanto um juiz efetivamente trabalhou em um mês, e se isso representa muito ou pouco em relação a outros juízes com atribuições similares. Por mais que se pesquise, é difícil imaginar quais informações o Conselho Nacional de Justiça imagina que poderiam ser extraídas pelo cidadão do site justiça aberta, tal como os dados são apresentados hoje, de modo a justificar os custos da sua elaboração.

<sup>395</sup> É ilustrativo ressaltar que todo o Judiciário federal nos Estados Unidos não tem qualquer tipo de especialização, nem mesmo em matéria civil e penal. Isso mostra que lidar com outros casos não é impedimento para conduzir um litígio estrutural. Deve-se reconhecer, entretanto, que o número de processos de cada juiz é significativamente menor.

acessam a justiça, do mesmo modo que o deslocamento de uma cidade, em decorrência de uma obra pública, precisa ser resolvido para toda a cidade, não para cada um de seus habitantes.

O juiz Jack Weinstein aponta, a partir de sua experiência com litígios complexos, três áreas do comportamento ético dos atores processuais que precisam ser tratadas com atenção<sup>396</sup>. A primeira é a ética de comunicação entre os profissionais do direito e os ausentes. O representante deve visualizar sua atuação como advogado de toda a sociedade ausente do processo, não apenas daqueles indivíduos com os quais mantém interlocução. Segundo, quando o litígio resulta em benefícios a serem distribuídos entre os membros da classe, deve haver especial preocupação com os mecanismos adotados para tanto. Finalmente, a última preocupação de Weinstein é a mais relevante e se refere à forma pela qual os legitimados coletivos e, especialmente, o juiz, devem encarar o processo. O julgador deve

se expor às necessidades dos litigantes, tanto emocionais quanto de outras espécies. (...) Isso requer o reconhecimento de que há uma mudança na visão tradicional anglo-americana do juiz como um oráculo nas alturas, abrigado em uma toga negra de anonimato, dizendo o direito automaticamente e decidindo os fatos de modo desapaixonado<sup>397</sup>.

Nesses termos, pensar um processo coletivo para litígios irradiados não pode ser apenas um empreendimento de adaptação de regras processuais, mas também de requalificação dos papéis exercidos pelos sujeitos, do modo como o diálogo se estrutura no processo e dos resultados sociais que dele se espera.

#### 6.4.6 Como fazer um processo do tipo *town meeting*?

A pergunta que intitula o presente tópico representa a dúvida que, provavelmente, as inúmeras dificuldades supra elencadas despertam. Seria possível estruturar um processo judicial para dar conta de uma realidade tão complexa quanto a descrita?

<sup>396</sup> WEINSTEIN, Jack B. Ethical dilemmas in mass tort litigation. In: *Northwestern Law Review*, vol. 88, 1994, p. 469-568.

<sup>397</sup> Idem, p. 491.

A resposta demanda duas qualificações da pergunta. Primeiro, certamente não é possível elaborar um processo nesses moldes que seja uma adaptação do processo civil tradicional. O modelo de solução de conflitos, pela via processual, foi desenvolvido para dizer o direito a partir da análise de fatos pretéritos, tendo em conta as questões apresentadas pelas partes. Alcançada a decisão, ela se torna imutável e se iniciam procedimentos para que a realidade seja alterada para se adaptar ao comando jurisdicional. Verificada tal adaptação, o processo é encerrado.

Nenhuma dessas premissas é adequada aos litígios irradiados e ao processo do tipo *town meeting* que ele demanda. A definição de questões pelas partes é sempre parcial, porque centrada apenas em alguns aspectos da realidade que será impactada pelo processo e sujeita às modificações decorrentes da passagem do tempo. O cenário do processo não se expressa como uma fotografia estática, mas como um filme em permanente movimento. A sentença deve refletir essa característica, ou incidirá sobre fatos que já deixaram de existir. Quando se inicia sua implementação, que se protraí no tempo, as atividades executivas geram novas alterações na realidade, não necessariamente no sentido inicialmente desejado pela decisão e, possivelmente, em segmentos sociais não imaginados durante o processo. Finalmente, a circunstância de se obter a efetivação do comando judicial em um momento específico não significa que essa situação será mantida com o passar do tempo.

A segunda qualificação do questionamento inicial é que não se deve perguntar se é possível fazer um processo coletivo sob o modelo participativo, adequado à realidade dos litígios irradiados. Esses litígios existem e continuarão existindo, de modo que não há alternativa além de se desenvolver a técnica processual adequada a suas peculiaridades, pouco importando o grau de dificuldade da tarefa. Insistir na aplicação do modelo tradicional, como atualmente ocorre, significa onerar a sociedade com a tramitação de um processo caro e ineficiente, que não trará as mudanças que promete e ainda se arrisca a impor efeitos negativos a pessoas que não tiveram participação efetiva na construção da decisão, mesmo que elencadas como supostos beneficiários de sua adoção.

É certo que a elevada complexidade desse tipo de litígio dificulta que se apresente um modelo geral de atuação do legitimado coletivo e da jurisdição. O melhor que se pode fazer é delinear parâmetros, de acordo com os elementos desenvolvidos até aqui. Primeiro, a representação nos litígios irradiados não deve ser exercida por apenas uma entidade, seja associativa ou pública. Ninguém pode representar adequadamente diversos segmentos sociais com posições parcial ou totalmente conflitantes entre si. A representação deve ser pluralizada, permitindo que cada legitimado coletivo, em sua atuação, enfoque aspecto diverso da realidade e, com isso, se atente aos interesses daquele subgrupo.

O delineamento da pretensão deve combinar a representação de vontades, interesses e perspectivas dos variados subgrupos envolvidos. É importante que um ou alguns dos representantes estejam atentos às vontades das pessoas que serão impactadas pela decisão, as quais poderão ser aferidas por intermédio de audiências públicas, assim como pela combinação dos métodos qualitativos e quantitativos já expostos neste Capítulo. Tal apuração pressupõe o ônus do legitimado coletivo de fomentar um diálogo significativo com a sociedade e entre seus membros, esclarecendo-os quanto ao objeto do litígio, as estratégias possíveis e, ao mesmo tempo, ouvindo suas considerações. Um segundo foco deve ser dirigido à avaliação dos interesses da sociedade, verificando até que ponto a vontade manifestada pelos seus integrantes é compatível com objetivos de longo prazo, efeitos colaterais não antecipados e a proteção das minorias internas ao grupo. Se a avaliação do representante, quanto aos interesses da sociedade, indicar disparidade em relação à sua vontade, cabe a ele promover novos eventos dialógicos, nos quais essa divergência possa ser debatida, para elevar o grau de consenso em relação à pretensão. Finalmente, se o litígio envolver direitos de minorias ou de grupos socialmente diferenciados, pode ser interessante agregar a representação de suas perspectivas à atuação dos legitimados coletivos, por exemplo, pela atuação de associações ou lideranças daquele segmento. Esse trabalho deve incluir estratégias de comunicação com a classe, como a criação de websites, o envio de correspondências, a distribuição de panfletos, a divulgação por intermédio de canais de comunicação, como rádio e televisão. A definição da estratégia mais adequada dependerá das características econômicas, sociais e, especialmente, do grau de difusão da sociedade titular do direito.

Nesses termos, o processo deve dar aos integrantes da sociedade a oportunidade de colaborar entre si, o que tende a reforçar a coesão do grupo. Isso pode ser obtido pela realização de debates públicos ou de sessões de mediação apenas entre os membros da classe, para tratar não de seus problemas com a parte contrária, mas das divergências entre seus próprios objetivos e visões do litígio. Esses eventos podem contribuir para que os envolvidos descubram quais são seus verdadeiros objetivos e convertam suas aspirações em medidas práticas de contribuição com a tramitação processual<sup>398</sup>.

Em razão da mutabilidade inerente ao litígio, esse trabalho de avaliação dos interesses da sociedade não pode ser temporalmente delimitado, devendo ser continuamente reconstruído ao longo do processo e da implementação da decisão, o que impede que sua condução seja atrelada às formalidades da delimitação de questões na petição inicial e na defesa do réu. A formulação das questões litigiosas deve ocorrer ao longo do processo, sem prejuízo de serem rediscutidas ou decididas novamente, caso os fatos sociais subjacentes se alterem. É impossível separar rigidamente a fase postulatória da fase instrutória ou decisória, porque os fatos litigiosos não são apenas pretéritos ao processo, mas também contemporâneos a seu desenvolvimento e passíveis de ser modificados pelo tempo e por sua própria tramitação e resultado. A analogia com a mecânica quântica é, mais uma vez, ilustrativa: o processo é a ferramenta de medição do problema, mas a sua incidência interfere nele, impedindo que sua existência futura tenha as mesmas feições que tinha no momento da medição, ou seja, no momento em que foi apreendido pelo processo. O único modo de se contrabalançar esse efeito é fazer com que o processo seja um contínuo reconhecimento de seu objeto, e não uma fotografia estática de algo que deixou de existir. É essencial, portanto, que a tutela jurisdicional seja prestada ao longo de todo o processo, inclusive na fase de cumprimento da sentença, com a possibilidade de que as questões decididas sejam reapreciadas, à luz de novos elementos fáticos, científicos ou sociais.

A atividade jurisdicional, assim como a do legitimado coletivo, deve se preocupar com os interesses da sociedade envolvida no litígio. Um juiz que decide fatos

---

<sup>398</sup> BURCH, Elizabeth Chamblee. Litigating groups. In: *Alabama Law Review*, vol. 61, n. 1, 2009, p. 28.



sociais, e não fatos históricos, não pode se escudar na afirmação de que se limita a aplicar o ordenamento jurídico ao caso. Ainda que o Judiciário não deva atuar de acordo com a vontade da maioria, o inegável caráter político dos litígios irradiados faz com que o conhecimento dessa vontade seja importante elemento de consideração do julgador. Uma decisão contrária aos interesses sociais corre o risco de ser vista como ilegítima e, por essa razão, se tornar ineficaz. Não basta que o julgador esteja convencido de que sua decisão é a que melhor tutela os interesses da sociedade, mas que adote estratégias para que ela própria se convença disso.

A fluidez do conflito exige que o conceito de coisa julgada incida apenas de modo mínimo sobre esse processo. Devem ser abrangidas pelo trânsito em julgado apenas as questões adequadamente representadas, sob a perspectiva que foram avaliadas e no contexto fático e social levado em consideração. Questões relativas a interesses não representados ou mal representados, bem como realidades sociais não consideradas, não devem ser afastadas da possibilidade de discussão judicial. Conforme mencionado, o instituto da coisa julgada não tem relação lógica com o fato de uma questão já ter sido discutida ou decidida, mas sim com o interesse na pacificação social. Tal interesse inexistente quando a sentença incide sobre uma realidade altamente complexa, mutável por excelência, que não será pacificada por ser vinculada a uma providência que posteriormente se repute inadequada.

Por essa razão, nos litígios irradiados, deve haver ferramentas para a revisão periódica da decisão e de sua implementação, nos moldes do que existe, por exemplo, no processo de licenciamento ambiental. De acordo com a Resolução 237/97, do Conselho Nacional de Meio Ambiente - CONAMA, todas as licenças ambientais, inclusive de operação, estão sujeitas a prazos de validade, após os quais as condições de seu deferimento devem ser reavaliadas<sup>399</sup>. Assim, o fato do Estado avaliar que alguém pode desempenhar atividade poluidora no presente não afasta a possibilidade de que, em face de novos elementos, a mesma atividade

---

<sup>399</sup> Dispõe a Resolução CONAMA 237/97: "Art. 18 - O órgão ambiental competente estabelecerá os prazos de validade de cada tipo de licença, especificando-os no respectivo documento, levando em consideração os seguintes aspectos: (...)

III - O prazo de validade da Licença de Operação (LO) deverá considerar os planos de controle ambiental e será de, no mínimo, 4 (quatro) anos e, no máximo, 10 (dez) anos.

passee a ser proibida no futuro<sup>400</sup>. A mesma dinâmica deveria ser imposta à solução de litígios irradiados. Ao adotar uma medida que solucione total ou parcialmente a lide, o juiz deveria, de acordo com o grau de complexidade do problema e conflituosidade da sociedade titular do direito, fixar-lhe prazo de vigência, após o qual deveria ser reapreciada. Tal prazo poderá ser maior ou menor, dependendo da medida adotada, mas representa a constatação de que não existem soluções totais e permanentes nesse tipo de litígio. O procedimento de reavaliação também poderia ser precipitado por qualquer legitimado coletivo, mesmo diverso dos que figuraram no processo original, desde que em defesa de interesses ou perspectivas nele desconsiderados ou inadequadamente representados, em relação aos quais se demonstre efetivo impacto negativo em virtude da implementação da decisão. Essa providência supera um dos obstáculos apontados por William Fletcher à efetividade da atuação do Poder Judiciário nos problemas policêntricos, que é a necessidade de serem resolvidos repetidamente até que se encontre uma solução ótima<sup>401</sup>.

Finalmente, os mecanismos participativos e estratégias de comunicação adotados antes, durante e após o processo coletivo devem, na medida do possível, ser estruturados para fomentar o empoderamento da sociedade, para que esta se mobilize não apenas para atuar nele, mas também para buscar a tutela de seus direitos perante os demais poderes e esferas de discussão pública atinentes ao objeto do litígio. Isso permitiria contornar, em certa medida, as limitações do processo para tutelar de modo adequado conflitos de tamanha complexidade. Ele catalisaria a ação coletiva da sociedade em novas frentes, propiciando, no futuro, que os problemas que deram origem ao litígio sejam resolvidos em outros campos de diálogo, mais apropriados à fluidez do tecido social.

---

<sup>400</sup> Resolução CONAMA 237/97: “Art. 19 – O órgão ambiental competente, mediante decisão motivada, poderá modificar os condicionantes e as medidas de controle e adequação, suspender ou cancelar uma licença expedida, quando ocorrer:

I - Violação ou inadequação de quaisquer condicionantes ou normas legais.

II - Omissão ou falsa descrição de informações relevantes que subsidiaram a expedição da licença.

III - superveniência de graves riscos ambientais e de saúde”.

Para um comentário sobre a aplicação de tais disposições, ver MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 320-330.

<sup>401</sup> FLETCHER, William. The discretionary Constitution: institutional remedies and judicial legitimacy. In: *The Yale Law Journal*, vol. 91, n. 4, 1982, p. 649.

## 6.5 Conclusão parcial

Não foi a pretensão do presente capítulo traçar um perfil integral dos processos relativos aos litígios globais, locais e irradiados, mas apontar algumas características que devem ser levadas em consideração na formulação de modelos. Como foi possível observar, as preocupações centrais de cada um deles são consideravelmente diversas. A função dos processos relativos aos litígios globais é evitar que a sociedade suporte danos ilícitos em virtude da ausência de mecanismos adequados de tutela jurisdicional. Assim, o papel da representação é mais pronunciado que o da participação, uma vez que o impacto do evento sobre os indivíduos que compõem a sociedade é reduzido. Nos litígios locais, ao contrário, o direito de participação impõe maior grau de restrição sobre as prerrogativas do legitimado coletivo, dado seu grande significado para as vidas dos integrantes da sociedade que titulariza o direito. Finalmente, nos litígios irradiados, o processo deve funcionar como um instrumento flexível para a participação, com variados graus de intensidade, dos subgrupos sociais, de acordo com sua proximidade em relação ao epicentro da lesão. A elevada complexidade e conflituosidade desse tipo de litígio impede a definição precisa dos papéis processuais de cada grupo, bem como a condução do processo por estruturas rígidas baseadas nas noções de preclusão e coisa julgada. Como esse litígio diz respeito, em maior medida, à definição de prioridades ou rearranjos sociais, o processo deixa de ser um mecanismo de aplicação do direito a fatos pretéritos e passa a se comportar como um espaço para o debate com a sociedade impactada, tal como um *town meeting*, avaliando sobretudo os objetivos futuros dessa sociedade e os impactos que as determinações oriundas do processo poderão acarretar sobre ela.

Acima de tudo, o presente capítulo demonstra que as características da atividade representativa, ou seja, da relação que existe entre o legitimado coletivo e a sociedade titular do direito, é o ponto central para a definição das normas de regências de um processo coletivo tecnicamente adequado a prestar tutela jurisdicional ao direito material violado. Quando se estabelecem os objetivos sociais a serem perseguidos pelo autor da ação, bem como em que medida sua atuação

deve ser condicionada pela vontade dos ausentes, se torna possível delinear regras compatíveis tanto com os direitos constitucionais daqueles que não participam do processo, quanto com a eficiência que se espera de sua tramitação. É certo que a eficiência pode não significar um processo breve ou simples, mas sempre um processo que vise a satisfação dos interesses sociais que lhe são confiados.

## CONCLUSÃO

O juiz Weinstein observou, a partir de sua longa experiência com *mass torts*, que as pessoas envolvidas em litígios coletivos usualmente se sentem alienadas e desumanizadas, porque sua participação no processo, quando ocorre, não lhes parece, em qualquer medida, eficiente<sup>1</sup>. São os “recipientes passivos de uma forma de justiça que não entendem – jogadores em uma loteria legal de prêmios e rejeições arbitrárias”<sup>2</sup>. Ainda assim, em 1837, Frederic Calvert apontava a impossibilidade fática de que todas as pessoas figurem em todos os processos nos quais são interessadas<sup>3</sup>.

Há tanto conveniência quanto necessidade de que existam processos coletivos<sup>4</sup>. O problema é que, quando essa estrutura foi estabelecida, na Inglaterra do início da modernidade, ou mesmo antes disso, no medievo, era possível confiar na existência de comunhão de interesses entre representante e representados, o que garantia a regularidade do arranjo. Com o passar do tempo e o aumento da complexidade social, essa comunhão deixou de existir, dando lugar a outros modelos processuais, que passaram a refletir os ideais liberais e individualistas da contemporaneidade. Por outro lado, o potencial para a existência de litígios coletivos aumentou, tanto em razão do avanço da economia de mercado, quanto da presença de grandes instituições, sobretudo governamentais e empresariais, que definem, em larga medida, as condições de existência da sociedade, que ficaria à sua mercê se não houvesse um mecanismo de intervenção do sistema jurisdicional<sup>5</sup>. Essa contradição

---

<sup>1</sup> WEINSTEIN, Jack B. Ethical dilemmas in mass tort litigation. In: *Northwestern Law Review*, vol. 88, 1994, p. 491.

<sup>2</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>3</sup> CALVERT, Frederic. *A Treatise upon the Law Respecting Parties to Suits in Equity*. Philadelphia: John S. Littell, 1837, p. 18: “It is obvious that, if occasion should arise to resort; here for an account, as it would be impossible to bring all person; interested, the suit must be against some being proprietors and accountable parties instituted by some on behalf of all”.

<sup>4</sup> Idem, p. 19.

<sup>5</sup> FISS, Owen M. Foreword: The Forms of Justice. In: *Harvard Law Review*, vol. 93, n. 1, 1979, p. 1-58. No Brasil, Luís Roberto Barroso assevera: “a judicialização constitui um fato inelutável, uma circunstância decorrente do desenho institucional vigente, e não uma opção política do Judiciário. Juízes e tribunais, uma vez provocados pela via processual adequada, não têm a alternativa de se pronunciarem ou não sobre a questão”. BARROSO, Luís Roberto. Novos paradigmas e categorias da interpretação constitucional. In: *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, v. 24, 2008, p. 201-260.

colocou a representação em permanente tensão com o direito do indivíduo participar do processo, fazendo necessária a definição de estratégias que contemplem tanto o respeito à autonomia dos atores sociais, quanto possibilitem decisões eficientes<sup>6</sup> e passíveis de ser implementadas<sup>7</sup>. Os excertos do pensamento de Calvert e Weinstein, separados por mais de 150 anos, são simbólicos do dilema que sempre perpassou o processo coletivo.

Por muito que as *class actions* venham se globalizando nos últimos anos, a diferença entre as abordagens de cada país denota a dificuldade de se formular um modelo processual plenamente satisfatório. Como afirmam Deborah Hensler *et al.*, as ações coletivas viram todos os conceitos de processo civil de pernas para o ar<sup>8</sup>. De um lado, há a necessidade de se fazer justiça, de se criar técnicas que permitam que a sociedade proteja seus bens mais valiosos, reconhecendo que sua titularidade não está atribuída a um ator singular, nem mesmo ao Estado, mas ao grupo social. De outro, as considerações utilitaristas não podem ser suficientes para transformar as pessoas em objeto do processo, que transcorre sem se importar com o fato de que são esses indivíduos que terão suas vidas transformadas pelo seu resultado.

A resposta do presente estudo, para conciliar essa divergência, é a de que a formulação dos elementos do processo coletivo não pode partir da consideração abstrata dos direitos em situação de integridade, mas sim do litígio coletivo empiricamente verificado. As características do litígio permitem que se defina a titularidade do direito lesado e, a partir dela, o papel do legitimado coletivo na obtenção de sua tutela jurisdicional, em nome da sociedade ausente do processo.

---

<sup>6</sup> Sempre cabe recordar a advertência de Lon Fuller, de que a decisão não executada reduz a força moral do Judiciário. FULLER, Lon L. The Forms and limits of Adjudication. In: *Harvard Law Review*, vol. 92, n. 2, 1978, p. 353-409.

<sup>7</sup> Em *Hansberry v. Lee* 311 U.S. 32 (1940), a Suprema Corte dos Estados Unidos afirmou: "It is a principle of general application in Anglo-American jurisprudence that one is not bound by a judgment in personam in a litigation in which he is not designated as a party or to which he has not been made a party by service of process. (...)

To these general rules there is a recognized exception -- that, to an extent not precisely defined by judicial opinion, the judgment in a "class" or "representative" suit, to which some members of the class are parties, may bind members of the class or those represented who were not made parties to it. (...) It is familiar doctrine of the federal courts that members of a class not present as parties to the litigation may be bound by the judgment where they are in fact adequately represented by parties who are present, or where they actually participate in the conduct of the litigation in which members of the class are present as parties (...)

<sup>8</sup> HENSLER, Deborah et. al. *Class Action Dilemmas: Pursuing Public Goals for Private Gain*. Santa Monica: RAND, 2000, cap. 15.

Esse papel será tão mais condicionado pelos interesses manifestados pela sociedade titular do direito quanto maiores forem os impactos pessoalmente suportados por seus membros, em razão da lesão ou ameaça constatada. A resultante dos vetores de participação e representação também servirá de guia para a adequada definição dos demais institutos processuais, tais como a competência, as oportunidades de participação dos ausentes e a coisa julgada. A necessidade empírica de que exista processo coletivo não pode prevalecer, de modo absoluto, sobre o direito das pessoas e dos grupos sociais de definir o que é melhor para si, da mesma forma que o individualismo exacerbado não pode prevalecer sobre a demanda social de adequada tutela de direitos que não pertencem apenas a indivíduos singularmente considerados.

Partindo desses pressupostos, foi possível construir três tipos de litígios, os quais determinam diferentes forma de se operacionalizar as relações entre representação e participação, em virtude da diversidade dos fins sociais que perseguem. A construção é compatível tanto com a garantia constitucional de participação no processo, quanto com a necessidade da existência de arranjos processuais representativos, propondo a incidência de cada um desses elementos em intensidades variáveis, de acordo com o tipo de litígio. De imediato, ela permite a todos os legitimados coletivos que, ao assumirem suas funções em um processo, o enquadrem em uma das categorias que compõem a tipologia e, a partir disso, direcionem sua conduta de relacionamento com a sociedade que não participa do processo.

Para o futuro, o modelo delineado nesta tese pode servir de ponto de partida para a completa reconstrução do sistema brasileiro de tutela coletiva, hoje amadurecido por trinta anos de experiência, possibilitando que ele não apenas proteja os valores mais caros à sociedade, mas o faça de modo efetivo e com maior participação dos destinatários de seu resultado.





## REFERÊNCIAS

ABEL, Richard L. *Politics by other means: law struggle against apartheid, 1980-1994*. New York: Routledge, 1995.

ABELHA, Marcelo. *Ação Civil Pública e meio ambiente*. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2007.

ABRAHAM, Kenneth; ROBINSON, Glen. Collective justice in tort law. In: *Virginia Law Review*, vol. 78, n. 7, 1992, p. 1481-1519.

ACKERMAN, Robert M. The September 11th victim compensation fund: an effective administrative response to national tragedy. In: *Harvard Negotiation Law Review*, vol. 10, 2005, p. 135-229.

\_\_\_\_\_. Disputing together: conflict resolution and the search for community. In: *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, vol. 18, 2002, p. 28-91.

ACSELARD, Henri; HERCULANO, Selene; PÁDUA, José Augusto (orgs.). *Justiça Ambiental e Cidadania*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2004.

ADLER, Robert W.; CRAIG, Robin K.; HALL, Noah D. *Modern Water Law*. St. Paul: Foundation Press, 2013.

ALEXANDER, Jeffrey. *The civil sphere*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

ALEXANDER, Lawrence. The relationship between procedural due process and substantive constitutional rights. In: *University of Florida Law Review*, vol. 39, 1987, p. 323-343.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo – superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

\_\_\_\_\_. *O Ministério Público no neoconstitucionalismo: perfil constitucional e alguns fatores de ampliação de sua legitimação social*. Disponível em

<http://www.unifafibe.com.br/revistasonline/arquivos/revistajuridicafafibe/sumario/5/14042010170607.pdf>.

\_\_\_\_\_. *Direito Processual Coletivo Brasileiro*: um novo ramo do direito processual. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. *Codificação do Direito Processual Coletivo Brasileiro*: análise crítica das propostas existentes e diretrizes para uma nova proposta de codificação. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007.

ALMEIDA, Cléber Lúcio de. *Direito processual do trabalho*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ALMEIDA, Maria Hermínia de. O sindicato no Brasil: novos problemas, velhas estruturas. In: *Revista Debate & Crítica*, vol. 6, 1975, p. 49-74.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A garantia do contraditório. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (coord.). *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 132-150.

\_\_\_\_\_. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p. 260-274.

\_\_\_\_\_. A garantia do contraditório. In: *Genesis Revista de Processo Civil*, vol. 10, 1998, p. 667-680.

ALVES, Fátima; SILVA, Luísa Ferreira. *A família como suporte da política de saúde mental em Portugal*. Disponível em <http://ler.letras.up.pt/uploads/ficheiros/7090.pdf>.

ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. Comentários ao Art. 81 do Código de Defesa do Consumidor. In: *Cadernos de Direito*, vol. 1, 2011, Disponível em <<https://www.metodista.br/revistas/revistasunimep/index.php/direito/article/view/898/425>>.

AMOS, Sir Maurice. A day in court at home and abroad. In: *The Cambridge Law Journal*, vol. 2, 1924-1926, p. 340-349.

ANCHIETA, Angelo N. Defendant class actions and federal civil rights litigation. In: *UCLA Law Review*, vol. 33, 1985, p. 283-330.

ANTUNES, Marco António. *Público, Subjectividade e intersubjectividade em Gabriel Tarde*. Disponível em <http://www.bocc.ubi.pt/pag/antunes-marco-gabriel-tarde.html>.

ANTUNES, Luís Filipe Colaço. Poluição industrial e dano ambiental: novas afinidades eletivas da responsabilidade civil. In: *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. 67. Coimbra: 1991.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 12. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

APPELBAUM, Paul S. *Almost A Revolution: Mental Health Law and the Limits of Change*. New York: Oxford University Press, 1994.

APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*. Juruá: São Paulo, 2005.

APTER, David E. Notes for a theory of nondemocratic representation. In: PENNOCK, J. Roland (ed.). *Representation*. New York: Atherton Press, 1968, p. 278-317.

ARBEX, Daniela. *Holocausto brasileiro: vida, genocídio e 60 mil mortes no maior hospício do Brasil*. São Paulo: Geração Editorial, 2013.

ARENDT, Hannah. *As origens do totalitarismo*. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

\_\_\_\_\_. *O regime da prescrição em ações coletivas*. Disponível em [https://www.academia.edu/219170/O\\_regime\\_da\\_prescrição\\_em\\_ações\\_coletivas](https://www.academia.edu/219170/O_regime_da_prescrição_em_ações_coletivas).

\_\_\_\_\_. *A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_. *Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro*. Disponível em <[https://www.academia.edu/9132570/Decisões\\_estruturais\\_no\\_direito\\_processual\\_civil\\_brasileiro](https://www.academia.edu/9132570/Decisões_estruturais_no_direito_processual_civil_brasileiro)>.

ARMOR, David J. *Forced Justice: School Desegregation and the Law*. New York: Oxford University Press, 1995.

ARONOW, Geoffrey F. The Special Master in School Desegregation Cases: The Evolution of Roles in the Reformation of Public Institutions Through Litigation. In: *Hastings Constitutional Law Quarterly*, vol. 7, 1980, p. 739-775.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação de princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003.

AYRES, Ian. Optimal pooling in claims resolution facilities. In: *Law and Contemporary Problems*, vol. 54, n. 4, 1990, p. 159-174.

BAKAI, John; KENT, Elizabeth; MARTIN, Pamela. A profile of settlement. In: *Court Law Review*, vol. 42, n. 3-4, 2006, p. 34-39.

BALDUS, David C.; PULASKI, Charles; WOODWORTH, George. Comparative Review of Death Sentences: An Empirical Study of the Georgia Experience". In: *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 74, n. 3, 1983, p. 661-753.

BANACH, Mary; HAMILTON, Daborah; PERRI, Penelope M. Class action lawsuits and community empowerment. In: *Journal of Community Practice*, vol. 11, n. 4, 2003, p. 81-99.

BANDEIRA, Marina e BARROSO, Sabrina Martins. Sobrecarga das famílias de pacientes psiquiátricos. In: *Jornal Brasileiro de Psiquiatria*, vol. 54, n. 1, 2005, p. 34-46.

BARBER, Benjamin. *Strong Democracy: Participatory Politics for a New Age*. 2. ed. Berkley: University of California Press, 2003.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito Processual Civil: primeira série*. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1988.

\_\_\_\_\_. *Temas de Direito Processual Civil*: terceira série. São Paulo: Editora Saraiva, 1984.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Editora Renovar 2005.

BARNES, Harry Elmer; BECKER, Howard. *Historia del Pensamiento Social*. Vol II. Traducción de Tomás Muñoz Molina. Ciudad de Mexico: Fonde de Cultura Economica: 1960.

BARNES, Jeb. *Dust-Up: Asbestos Litigation and the Failure of Commonsense Policy Reform*. Washington, DC: Georgetown University Press, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: *Revista de Direito Administrativo*, nº 240, 2005, p. 1-42.

\_\_\_\_\_. Novos paradigmas e categorias da interpretação constitucional. In: *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, v. 24, 2008, p. 201-260.

BARTON, R. Joseph. Utilizing Statistics and Bellwether Trials in Mass Torts: What do the Constitution and Federal Rules of Civil Procedure Permit? In: *William and Mary Bill of Rights Journal*, vol. 8, n. 1, 1999, p. 199-240.

BASTOS, Celso. A tutela dos interesses difusos no direito constitucional brasileiro. In: *Revista de Processo*, n. 23, 1981, p. 39 e ss.

BAUMAN, Zygmunt. Between us, the generations. In: LAROSSA, Jorge (org.). *On generations: On the coexistence between generations*. Barcelona: Fundació Viure i Conviure, 2007, pp. 365-376.

BAYLES, Michael D. *Procedural justice: allocating to individual*. Boston: Kluwer Academic Publishers, 1990.

BEBCHUCK, Lucian Arye. The Questionable case for Auctioning Counsel Positions in Securities Class Actions. In: *Washington University Law Quarterly*, vol. 80, p. 889-899.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o direito processual*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BENJAMIN, Antônio Herman V. A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico: apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. In: MILARÉ, Édis (coord.). *Ação civil pública – Lei 7.347/85: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

BELL JR., Derrick A. Serving Two Masters: Integration Ideals and Client Interests in School Desegregation Litigation. In: *Yale Law Journal*, vol. 85, n. 4, 1976, p. 470-516.

\_\_\_\_\_. *Race, Racism & American Law*. 6. ed. New York: Aspen Publishers, 2008.

BELTON, Robert. The Unfinished Agenda of the Civil Rights Act of 1991. In: *Rutgers Law Review*, vol. 45, n. 4, 1993, p. 921-964.

BERKOWITZ, Elizabeth. The Problematic Role of the Special Master: Undermining the Legitimacy of the September 11th Victim Compensation Fund. In: *Yale Law and Policy Review*, vol. 24, n. 1, 2006, p. 1-41.

BERELSON, Bernard R.; LAZARFELD, Paul F.; MCPHEE, William N. *Voting: a study of opinion formation in a presidential campaign*. Chicago: University of Chicago Press, 1986.

BERGER, Curtis J. Away from the Court House and Into the Field: The Odyssey of a Special Master. In: *Columbia Law Review*, vol. 78, n. 4, 1978, p. 707-738.

BERGER, Raoul. Law of the Land Reconsidered. In: *Northwestern University Law Review*, vol. 74, n. 1, 1979, p. 1-30.

BERGMAN, Paul. Class Action Lawyers: Fools for Clients. In: *American Journal of Trial Advocacy*, Vol. 4, n. 2, 1980, p. 243-276.

BERLIN, Isaiah. *Freedom and Its Betrayal: Six Enemies of Human Liberty*. Conferências radiofônicas disponíveis em <https://www.youtube.com/>

watch?v=IF\_f\_ziNH\_I&list=PL9\_RBbbRxrYxQZ75n\_jtcvQ-3OXfRiy8f. Acesso em 5.11.14.

BERIZONCE, Roberto Omar. Los conflictos de interés público. In: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, vol. 1, 2015, p 161-188.

BERMAN, Marshall. *Tudo o que é sólido desmancha no ar*. Tradução de Carlos Felipe Moisés e Ana Maria Ioriatti. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

BERNIER, Kevin R. The Inadequacy of the broad collateral attack: Stephenson v. Dow Chemical Company and its effect on class action settlements. In: *Boston University Law Review*, vol. 84, 2004, p. 1023-1048.

BESSETTE, Joseph. Deliberative Democracy: The Majority Principle in Republican Government. In: GOLDWIN, Robert A.; SCHAMBRA, William A. (eds.) *How Democratic is the Constitution?* Washington, D.C.: AEI Press, 1980.

BESSON, Jean-Louis. *A ilusão das estatísticas*. São Paulo: UNESP, 1995.

BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. 2 ed. New Haven: Yale University Press, 1986.

BIGNAMI, Francesca. Three Generations of Participation Rights before the European Commission. In: *Law and Contemporary Problems*, Vol. 68, No. 1, 2004, pp. 61-83.

BILAS, Richard A. *Teoria Microeconómica*. 15. ed. Madrid: Alianza Editorial, 1994.

BINGHAM, Clara; GANSLER, Laura. *Class Action: The Landmark Case that Changed Sexual Harassment Law*. New York: Anchor Bookes, 2003.

BIRNBAUM, Pierre. Conflitos. In: BOUDON, Raymond (org.) *Tratado de Sociologia*. Tradução de Tereza Curvelo. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1995.

BLACK, Keith M. Public Hearings: an appearance of fairness. In: *Gonzaga Law Review*, vol. 5, 1970, p. 324-331.

BLACK, Bert; LILIENFELD, David E. Epidemiologic proof in toxic tort litigation. In: *Fordham Law Review*, vol. 52, 1984, p. 732-785.

BLEDSON Jr., James. Mootness and standing in class actions. In: *Florida State University Law Review*, vol. 1, 1973, p. 430-462.

BOHMAN, James e REHG, William (eds.). *Deliberative Democracy: essays on reason and politics*. Cambridge: The MIT Press, 1997.

BOIES, Wilber H.; KEITH, Latonia Haney. Class action settlement residue and cy pres awards: emerging problems and practical solutions. In: *Virginia Journal of Social Policy & the Law*, vol. 21, n. 2, 2014, p. 267-293.

BONE, Robert. Rethinking the "day in court" ideal and nonparty preclusion. In: *New York Law Review*, vol. 67, n. 2, 1992, p. 193-293.

\_\_\_\_\_. Agreeing to Fair Process: The Problem with Contractarian Theories of Procedural Fairness. In: *Boston University Law Review*, vol. 83, 2003, p. 485-552.

\_\_\_\_\_. *The Economics of Civil Procedure*. New York: Foundation Press, 2003.

\_\_\_\_\_. Statistical Adjudication: Rights, Justice, and Utility in a World of Process Scarcity. In: *Vanderbilt Law Review*, vol. 46, 1993, p. 561-664.

\_\_\_\_\_. Personal and Impersonal Litigative Forms: Reconceiving the History of Adjudicative Representation. In: *Boston University Law Review*, vol. 70, n. 2, 1990, p. 213-310.

BONE, Robert G. e EVANS, David S. Class certification and substantive merits. In: *Duke Law Journal*, vol. 51, 2002, p. 1251-1332.

BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. *A coisa julgada*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

BOUDON, Raymond (coord.). *Tratado de Sociologia*. Tradução de Teresa Curvelo. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1995.

BOWLER, Shaun. When Is It OK to Limit Direct Democracy? In: *Minnesota Law Review*, vol. 97, 2013, p. 1780-1803.



BRANCALEONE, Cássio. Comunidade, sociedade e sociabilidade: revisitando Ferdinand Tönnies. In: *Revista de Ciências Sociais*. Fortaleza, v. 39, n. 1, 2008, p. 98-104.

BRANDT, Elizabeth Barker. Fairness to the Absent Members of a Defendant Class: A Proposed Revision of Rule 23. In: *Brigham Young University Law Review*, Vol. 1990, n. 3, 1990, p. 909-948.

BRASIL. *Anuário Estatístico de Energia Elétrica 2013*. Rio de Janeiro: Empresa de Pesquisa Energética, 2013.

BRASIL. *Justiça em números 2014: ano-base 2013*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2014.

BRASIL. *I Diagnóstico da Advocacia Pública no Brasil*. Brasília: Ministério da Justiça, 2011.

BRASIL. *Guia de recomendações para o uso de fluoretos no Brasil* / Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, Departamento de Atenção Básica. – Brasília: Ministério da Saúde, 2009.

BRASIL. *As Fundações Privadas e Associações sem Fins Lucrativos no Brasil 2010*. Brasília: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, 2012.

BRENNAN, Troyen A. Causal Chains and Statistical Links: The Role of Scientific Uncertainty in Hazardous-Substance Litigation. In: *Cornell Law Review*, vol. 73, n. 3, p. 469-533.

BRICKMAN, Lester. The Asbestos Claims Management Act of 1991: A Proposal to the United States Congress. In: *Cardozo Law Review*, Vol. 13, n. 6, 1992, p. 1891-1918.

BRONSTEEN, John; FISS, Owen. The class action rule. In: *Notre Dame Law Review*, vol. 78, n. 5, 2003, p. 1419-1453.

BROWN, Loren H.; HOLIAN, Matthew A.; GHOSH, Arindam. Bellwether Trial Selection in Multi-District Litigation: Empirical Evidence in Favor of Random Selection. In: *Akron Law Review*, vol. 47, n. 3, 2014, p. 663-692.

BROWNE, Kingsley R. The Civil Rights Act of 1991: A Quota Bill, a Codification of Griggs, a Partial Return to Wards Cove, or All of the Above. In: *Case Western Reserve Law Review*, vol. 43, n. 2, 1993, p. 287-400.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro: um Terceiro Enigmático*. 3. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

BULLARD, Robert. *Dumping in Dixie: race, class and environmental quality*. Boulder: Westview Press, 1990.

BURCH, Elizabeth Chamblee. Litigating groups. In: *Alabama Law Review*, vol. 61, n. 1, 2009, p. 1-59.

BURGER, Warren E. Isn't There A Better Way?, In: *American Bar Association*, vol. 68, 1982, p. 274-76.

BURKE, Edmund. Speech to the Electors of Bristol. In: KURLAND, Philip; LERNER, Ralph (orgs.). *The Founders' Constitution*. Volume 1, Chapter 13, Document 7. The University of Chicago Press. Disponível em <<http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/v1ch13s7.html>>. Acesso em 14.01.15

BURNEY, Elizabeth. *Making People Behave: Anti-social Behaviour, Politics and Policy*. Cullompton: Willian Publishing, 2009.

BURNS, Anne M. *Recursion in Nature, Mathematics and Art*. Disponível em <<http://www.mi.sanu.ac.rs/vismath/bridges2005/burns/index.html>>. Acesso em 24.6.15.

BURNS, Jean Wegman. Decorative Figureheads: Eliminating Class Representatives in Class Actions. In: *The Hastings Law Journal*, vol. 42, 1990, p. 165-202.

\_\_\_\_\_. Standing and Mootness in Class Actions: A Search for Consistency. In: *U. C. Davis Law Review*, vol. 22, 1989, p. 1239-1288.

CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

\_\_\_\_\_. O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas. In: *Revista de Processo*, vol. 147, 2007, p. 123-146.

\_\_\_\_\_. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. In: *Revista de Processo*, vol. 231, 2014, p. 201 e ss.

\_\_\_\_\_. Despolarização do processo e zonas de interesse: sobre a migração entre pólos da demanda. In: *Revista Forense*, vol. 404, 2009, p. 3-41.

CABRASER, Elizabeth J. The Class Action Counterreformation. In: *Stanford Law Review*, vol. 57, n. 5, 2005, p. 1475-1520.

CAHN, Edgar S e CAHN, Jean Camper. Power to the people or the profession? The public interest in public interest law. In: *Yale Law Journal*, vol. 79, 1970, p. 1005-1048.

CALABRESI, Guido. *The cost of accidents: a legal and economic analysis*. New Haven: Yale University Press, 1970.

CALAMANDREI, Piero. *Processo e democrazia*. Padova: CEDAM, 1954.

CALVERT, Frederic. *Parties to suit in equity*. Philadelphia: John S. Littell, 1837.

\_\_\_\_\_. *A Treatise upon the Law Respecting Parties to Suits in Equity*. Philadelphia: John S. Littell, 1837.

CAMPOS, Santiago Pereira. Los recaudos para aprobar un acuerdo, la cosa juzgada y la liquidación y ejecución de sentencia en los procesos colectivos/class actions en America. In: *I Conferencia Internacional y XXIII Jornadas Iberoamericanas de derecho procesal: procesos colectivos class actions*. Buenos Aires: International Association of Procedural Law y Instituto Iberoamericano de derecho procesal, 2012, p. 203-245.

CAMPOS, Sergio. Mass torts and due process. In *Vanderbilt Law Review*, vol. 65, n. 4, 2012, p. 1059-1121.

CÂNDIA, Eduardo. A representação adequada no direito processual coletivo brasileiro e o controle judicial em cada caso concreto: uma abordagem de lege lata. In: *Revista de Processo*, vol. 202, 2011, p. 419 e ss.

CANELA JR., Osvaldo. *Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Direito de Acesso à Justiça Constitucional. In: *Estados da Conferência das Jurisdições Constitucionais dos países de língua portuguesa*. Luanda, 2011, p. 8-9.

\_\_\_\_\_. A responsabilidade por danos ambientais: aproximação juspublicista. In: AMARAL, Diogo Freitas. *Direito do ambiente*. Oeiras: INA, 1994, p. 397 e ss.

CAPLOW, Theodore. A theory of coalitions in the triad. In: *American Sociological Review*, vol. 21, n. 4, 1956, p. 489-493.

\_\_\_\_\_. *Two against one: coalitions in the triad*. Oxford: Prentice-Hall, 1968.

CAPONI, Remo. Tutela collettiva: interessi proteti e modelli processuale. In: BELLELLI, Alessandra (org.). *Dall'azione inibitoria all'azione risarcitoria collettiva*. Padova: CEDAM, 2009, p. 129-142.

\_\_\_\_\_. *Il principio di proporzionalità nella giustizia civile*: risvolti in tema «class action». Disponível em <[www.academia.edu/remocaponi](http://www.academia.edu/remocaponi)>.

\_\_\_\_\_. *Il principio di proporzionalità nella giustizia civile*: prime note sistematiche. Disponível em [www.academia.edu/remocaponi](http://www.academia.edu/remocaponi).

CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. Tradução de Nelson Ribeiro de Campos. In: *Revista de Processo*, vol. 61, 1991, p. 144-166.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

CAREY, Allison C. e GU, Lucy. Walking the line between the past and the future: parents' resistance and commitment do institutionalization. In: BEN-MOSHE, Liat;

CHAPMAN, Chris; CAREY, Allison C. (eds.) *Disability Incarcerated: imprisonment and disability in the United States and Canada*. New York: Palgrave Macmillan, 2014, p. 101-119.

CARRINGTON, Paul D.; APANOVITCH, Derek P. The Constitutional Limits of Judicial Rulemaking: The Illegitimacy of Mass-Tort Settlements Negotiated under Federal Rule 23. In: *Arizona Law Review*, vol. 39, n. 2, 1997, p. 461-496.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do Processo Civil*. Vol. 1. Tradução Adrián Sotero de Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000.

\_\_\_\_\_. *Lezioni di diritto processuale civile*. Vol. II. Padova: CEDAM, 1933.

CARNEIRO, Maria Francisca. *Devido Processo Legal*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

CAVALCANTI, Marcos de Araújo. O desenvolvimento das ações coletivas estrangeiras e a influência exercida no direito processual coletivo brasileiro. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 940, 2014, p. 89 e ss.

CAVANI, Renzo. Contra as "nulidades-surpresa": o direito fundamental ao contraditório diante da nulidade processual. In: *Revista de Processo*, vol. 218, 2013, p. 65-74.

CERMINARA, Kathy L. The class action suit as a method of patient empowerment in the managed care setting. In: *American Journal of Law & Medicine*, vol. XXIV, n. 1, p. 7-58.

CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. O controle judicial da atuação adequada no processo coletivo e a desnecessária extensão da coisa julgada *secundum eventum litis*. In: *Revista Brasileira de Direito Processual*, vol. 66, 2009, p. 21-46.

CHAFEE JR., Zechariah. *Some problems of equity*. Ann Arbor: University of Michigan Press, 1950, p. 157-158.

CHAMBERS, Simone. Representing pluralism: a comment on Pysz, Warren and Kernerman. In: LAYCOCK, David (ed.). *Representation and Democratic Theory*. Vancouver: UBC Press, 2004, p. 220-233.

CHAMPAGNE, Patrick. *Formar a opinião: o novo jogo político*. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 1998.

CHAYES, Abraham. The role of the judge in public law litigation. In: *Harvard Law Review*, vol. 89, n. 7, 1976, p. 1281-1316.

CHENG, Edward K. When 10 trials are better than 1000: an evidentiary perspective on trial sampling. In: *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 160, 2012, p. 955-965.

CHRISTENSEN, Dennis J. Democracy in the classroom: due process and school discipline. In: *Marquette Law Review*, vol. 58, 1975, p. 705-740.

CLARK, Leroy D. The Lawyer in the Civil Rights Movement - Catalytic Agent or Counter-Revolutionary. In: *University of Kansas Law Review*, vol. 19, n. 3, 1971, pp. 459-474.

CLEGG, Roger. Introduction: A Brief Legislative History of the Civil Rights Act of 1991. In: *Louisiana Law Review*, Vol. 54, n. 6, 1994, p. 1459-1472.

COASE, Ronald. The problem of social cost. In: *The Journal of Law and Economics*, vol. 3, 1960, p. 1-44.

COFFEE JR, John C. Rescuing the Private Attorney General: Why the Model of the Lawyer as Bounty Hunter Is Not Working. In: *Maryland Law Review*, vol. 42, n. 2, 1983, p. 215-288.

\_\_\_\_\_. The Regulation of Entrepreneurial Litigation: Balancing Fairness and Efficiency in the Large Class Action. In: *University of Chicago Law Review*, vol. 54, n. 3, 1987, p. 877-937.

\_\_\_\_\_. Understanding the Plaintiff's Attorney: The Implications of Economic Theory for Private Enforcement of Law through Class and Derivative Actions. In: *Columbia Law Review*, vol. 86, n. 4, 1986, p. 669-727.

\_\_\_\_\_. Accountability and Competition in Securities Class Actions: Why Exit Works Better Than Voice. In: *Cardozo Law Review*, vol. 30, n. 2, 2008, p. 407-444.

\_\_\_\_\_. Conflicts, Consent and Allocation after Amchem Products--Or Why Attorneys Still Need Consent to Give Away Their Clients' Money. In: *Virginia Law Review*, vol. 84, n. 8, 1998, p. 1541-1560.

\_\_\_\_\_. When Smoke Gets in Your Eyes: Myth and Reality about the Synthesis of Private Counsel and Public Client. In: *DePaul Law Review*, vol. 51, n. 2, 2002, p. 241-252.

\_\_\_\_\_. Class wars: the dilemma of mass tort class action. In: *Columbia Law Review*, vol. 95, n. 6, 1995, p. 1343-1465.

COHEN, Joshua. Deliberation and democratic legitimacy. In: HAMLIN, Alan e PETTIT, Philip. *The good polity: normative analysis of the state*. New York: Basil Blackwell, 1989, p. 17-34.

COHN, Gabriel. Introdução. In: WEBER, Max. *Sociologia*. 7. ed. São Paulo: Editora Ática, 2003.

COIMBRA, Rodrigo. Direitos e deveres com objeto difuso a partir da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais. In: *Revista de Direito Ambiental*, vol. 71, 2013, p. 117 e ss.

COLOMBIA. *La participación ciudadana en la modificación excepcional del Plan de Ordenamiento Territorial de Bogotá*. D.C. Bogotá: Alcaldía Mayor de Bogotá D.C., 2013.

COMMENT. Bilingual Education and Desegregation. In: *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 127, n. 6, 1979, p. 1564-1606.

COMPANHIA AMBIENTAL DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Manual para Elaboração de Estudos para o Licenciamento com Avaliação de Impacto Ambiental*. Disponível em <http://www.cetesb.sp.gov.br/userfiles/file/dd/Manual-DD-217-14.pdf>.

COMTE, Auguste. Discurso preliminar sobre o conjunto do positivismo. In: COMTE, Auguste. *Comte*. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

CONTE, Alba e NEWBERG, Harbert. *Newberg on class actions*. 4th ed. Vol. 5. Danvers: Thomson West, 2002.

\_\_\_\_\_. *Newberg on class actions*. 5th ed. Danvers: Thomson West, 2013.

COOLEY, Thomas McIntyre. *A treatise on the constitutional limitations which rest upon the legislative power of the states of the American union*. 7th edition. Boston: Little, Brown and Company, 1903.

COOPER, Edward H. The (cloudy) future of class actions. In: *Arizona Law Review*, vol. 40, 1998, p. 923-963.

CORNSTONE RESEARCH. *Securities Class Action Filings: 2013 Year in Review*. Disponível em: <https://www.cornerstone.com/CMSPages/GetFile.aspx?guid=d88bd527-25b5-4c54-8d40-2b13da0d0779>.

CORWIN, Edward S. The doctrine of due process of law before the civil war. In: *Harvard Law Review*, vol. 24, 1911, p. 366-385.

CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. *Glosario sobre la teoria social de Niklas Luhmann*. Tradução de Miguel Romero Perez e Carlos Villajohos, coordenada por Javier Torres Nafarrate. Ciudad de Mexico: Universidad Iberoamericana, 1996.

COSER, Lewis. *The functions of social conflict: an examination of the concept of social conflict and its use in empirical sociological research*. New York: The Free Press, 1964.



\_\_\_\_\_. Social conflict and the theory of social change. In: *The British Journal of Sociology*. Vol. 8, No. 3. (Sep., 1957), pp. 197-207.

COSTA, Pietro. A soberania na cultura político-jurídica medieval: imagens e teorias. In: COSTA, Pietro. *Soberania, representação, democracia*: ensaios de história do pensamento jurídico. Curitiba: Juruá Editora, 2010, p. 105-130.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. A “execução negociada” de políticas públicas em juízo. In: *Revista de processo*, vol. 212, 2012, p. 25 e ss.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição constitucional, jurisdição coletiva e tutela de instituições*. 2015, 42p., não publicado.

COSTA, Priscila Rosa Bandeira. *O sentido diferenciado do deslocamento compulsório da população de Itueta, MG*. Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação em Geografia da Universidade Federal do Espírito Santo. Orientador: Profa. Dra. Eneida Maria Souza Mendonça. Vitória, 2011.

COTTREAU, Steven T. O. The Due Process Right to Opt out of Class Actions. In: *New York University Law Review*, vol. 73, n. 2, 1998, p. 480-528.

COX, James D. e THOMAS, Randall S. Does the plaintiff matter? An empirical analysis of lead plaintiffs in securities class actions. In: *Columbia Law Review*, vol. 106, 2006, p. 1587-1640.

COX, James D. e THOMAS, Randall S. Letting Billions Slip through Your Fingers: Empirical Evidence and Legal Implications of the Failure of Financial Institutions to Participate in Securities Class Action Settlements. In: *Stanford Law Review*, Vol. 58, n. 2, 2005, p. 411-454.

CREEL, Thomas L. MCGAHREN, Thomas. Use of special masters in patent litigation: a special master's perspective. In: *AIPLA Quarterly Journal*, vol. 26, n. 2, 1998, p. 109-145.

CRENSHAW, Kimberle. Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics. In: *University of Chicago Legal Forum*, 1989, p. 139-168.

\_\_\_\_\_. Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color. In: *Stanford Law Review*, vol. 43, n. 6, 1991, p. 1241-1300.

CUMMINGS, Scott L. e RHODE, Deborah L. Public interest litigation: insights from theory and practice. In: *Fordham Urban Law Journal*, vol. 36, n. 4, 2009, p. 603-652.

CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. Evolução das ações coletivas no Brasil. In: *Revista de Processo*, n. 77, 1995, p. 224-235.

CURRIE, David P. Lochner Abroad: Substantive Due Process and Equal Protection in the Federal Republic of Germany. In: *The Supreme Court Review*, 1989, p. 333-372.

DAHL, Robert. *A preface to democratic theory*. Expanded Edition. Chicago: The University of Chicago Press, 2005.

\_\_\_\_\_. *Pluralist Democracy in the United States: Conflict and Consent*. Skokie: Rand McNally, 1967.

\_\_\_\_\_. *A democracia e seus críticos*. Tradução de Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

DANA, David A. Adequacy of representation after Stephenson: a rawlsian/behavioral economics approach to class action settlements. In: *Emory Law Journal*, vol. 55, 2006, p. 279-346.

DEBIASE, Didier. The Dynamics of Possession. In: SKRIBNA, D., (ed.), *Mind that Abides: Panpsychism in the new millenium*. Amsterdam: John Benjamins, 2008

DEL VECHIO, Giorgio. *Teoria del Estado*. Barcelona: Editorial Bosh, 1956.

DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus Curiae*: instrumento de participação democrática de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. Curitiba: Editora Juruá, 2007.

DENNING, Alfred. *Landmarks in the Law*. London: Butterworths & Company Limited, 1984.

DENTI, Vittorio. Giustizia e partecipazione nella tutela dei nuovi diritti. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (org.). *Processo e participação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988, p. 11-23.

DIDIER JR., Fredie. *Fonte normativa da legitimação extraordinária no novo Código de Processo Civil*: a legitimação extraordinária de origem negocial. Disponível em [https://www.academia.edu/8541198/Fonte\\_normativa\\_da\\_legitimação\\_extraordinária\\_a\\_legitimação\\_extraordinária\\_negocial](https://www.academia.edu/8541198/Fonte_normativa_da_legitimação_extraordinária_a_legitimação_extraordinária_negocial).

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo*. 9. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2014.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Participação Popular na Administração Pública, In: *Revista de Direito Administrativo*, n. 191, 1993, p. 26-39.

DOTTI, Frederica. *Diritti della difesa e contraddittorio*: garanzia di un giusto processo: spunti per una riflessione comparata del processo canonico e statale. Roma: Editrice Pontificia Università Gregoriana, 2005.

DI CARLO, Daniela. *Il principio del contraddittorio nel diritto amministrativo*: profili sostanziali, procedimentali e processuali. Tesi di dottorato di ricerca in diritto pubblico, Università Degli Studi Di Roma "Tor Vergata", 2008.

DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação Civil Pública*. São Paulo: Saraiva, 2001.

DIVER, Colin S. The Judge As Political Powerbroker: Superintending Structural Change in Public Institutions. In: *Virginia Law Review*, vol. 65, n. 1, 1979, p. 43-106.

DONIZETTI, Elpídio; CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. *Curso de processo coletivo*. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

DORFMAN, Susan B. Mandatory Consent: Binding Unrepresented Third Parties Through Consent Decrees. In: *Marquette Law Review*, vol. 78, n. 1, 1994, p. 153-171.

DRACHE, Daniel. *Defiant Publics: The unprecedented Reach of the Global Citizen*, London: Polity Press, 2008.

DROBA, D. D. Methods Used for Measuring Public Opinion. In: *American Journal of Sociology*, vol. 37, n. 3, 1931, p. 410-423.

DURKHEIM, Émile. *Da divisão social do trabalho*. Tradução de Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1999.

DUVAL JR., Benjamin S. The Class Action as an Antitrust Enforcement Device: The Chicago Experience(I). In: *American Bar Foundation Research Journal*, Vol. 1976, n. 3, 1976), p. 1021-1106.

\_\_\_\_\_. The Class Action as an Antitrust Enforcement Device: The Chicago Experience(II). In: *American Bar Foundation Research Journal*, Vol. 1976, n. 4, 1976), p. 1273-1358.

\_\_\_\_\_. The Class Action as an Antitrust Enforcement Device: The Chicago Study Revisited. In: *American Bar Foundation Research Journal*, Vol. 1979, n. 2, 1979, p. 449-464.

DWORKIN, Ronald. Princípio, política, processo. In: DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2001.

EASTERBROOK, Frank. Substance and due process. In: *The Supreme Court Review*, 1982, p. 85-125.

EBERLE, Edward J. *Procedural due process: the original understanding*. In: *Constitutional Commentary*, vol. 4, 1987, p. 339-362.

EDLEY JR., Christopher F. e WEILER, Paul. Asbestos: A Multi-Billion-Dollar Crisis. In: *Harvard Journal on Legislation*, vol. 30, n. 2, 1993, p. 383-408.

EDMONDS, Ronald R. Advocating inequality: a critique of the civil rights attorney in class action desegregation suits. In: *The Black Law Journal*, vol. 3, 1973, p. 176-183.

EDMONDSON, Paul W. Historic Preservation Regulation and Procedural Due Process. In: *Ecology Law Quarterly*, vol. 9, 1978, p. 743-775.

EISENBERG, Theodore; MILLER, Geoffrey. Incentive Awards to class representatives: an empirical study. In: *UCLA Law Review*, vol. 53, 2006, p. 1303-1351.

\_\_\_\_\_. Attorney Fees in Class Action Settlements: An Empirical Study. In: *Journal of Empirical Legal Studies*, vol. 1, n. 1, 2004, p. 27-78.

\_\_\_\_\_. The Role of Opt-outs and Objectors in Class Action Litigation: Theoretical and Empirical Issues. In: *Vanderbilt Law Review*, vol. 57, n. 5, 2004, p. 1529-1567.

EISENBERG, Melvin Aron. Private Ordering through Negotiation: Dispute-Settlement and Rulemaking. In: *Harvard Law Review*, vol. 89, n. 4, 1976, p. 637-681.

ELLMANN, Stephen. Lawyers and Clients. In: *UCLA Law Review*, vol. 34, n. 3, 1987, p. 717-780.

ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, 1981.

ELLIOT, Anthony; TURNER, Bryan. *On society*. Cambridge: Polity Press, 2012.

ELSTER, John (ed.). *Deliberative democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

ENTELMAN. Remo F. *Teoría de conflictos: hacia un nuevo paradigma*. Barcelona: Gedisa, 2005.

ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo*. vol. 1. Tradução de José Alberto Froes Cal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

EPSTEIN, Richard A. Coniston Corp v Village of Hoffman Hills: How to Make Procedural Due Process Disappear. In: *University of Chicago Law Review*, n. 74, 2007, p. 1689-1703.

\_\_\_\_\_. Class Actions: Aggregation, Amplification, and Distortion. In: *The University of Chicago Legal Forum*, 2003, p. 475-518.

ERICHSON, Howard M. The problem of settlement class actions. In: *The George Washington Law Review*, vol. 82, 2014, p. 951-989.

\_\_\_\_\_. Informal aggregation: procedural and ethical implications of coordination among counsel in related lawsuits. In: *Duke Law Journal*, vol. 50, n. 2, 2000, p. 381-471.

\_\_\_\_\_. Beyond the Class Action: Lawyer Loyalty and Client Autonomy in Non-Class Collective Representation. In: *University of Chicago Legal Forum*, 2003, p. 519-580.

\_\_\_\_\_. Mississippi class actions and the inevitability of mass aggregate litigation. In: *Mississippi College Law Review*, vol. 24, 2005, p. 285-308.

EUBANKS, Sharon Y.; GLANTZ, Stanton A. *Bad acts: the racketeering case against the tobacco industry*. Washington: American Public Health Association, 2013.

FADDA, Carlo. *L'azione popolare: Studio di diritto romano ed attuale. I. Parte Storica*. Torino: Unione tipografico-editrice, 1894.

FAGUNDES, José Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 5, ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1979.

FALLON, Eldon E.; GRABILL, Jeremy T.; WYNNE, Robert Pitard. Bellwether Trials in Multidistrict Litigation. In: *Tulane Law Review*, vol. 82, n. 6, 2008, p. 2323-2368.

FARINA, Cynthia. Conceiving due process. In: *Yale Journal of Law and Feminism*, Vol. 3, n. 2, 1991, pp. 189-280.

FARLEY, Reynolds; DANZIGER, Sheldon e HOLZER, Harry J. *Detroit Divided*. New York: The Russell Sage Foundation, 2002.

FARRELL, Margaret G. Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.: Epistemology and Legal Process. In: *Cardozo Law Review*, vol. 15 , n. 6, 1994, p. 2183-2218.

FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. Padova: Cedam, 1992.

FEARON, James D. Deliberation as discussion. In: ELSTER, John (ed.). *Deliberative democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998, p. 44-68.

FEDERAL JUDICIAL CENTER. Manual for complex litigation. 4<sup>th</sup> ed. Disponível em: <<https://public.resource.org/scribd/8763868.pdf>>.

FEINBERG, Kenneth R. Reexamining the Argument in Owen M. Fiss, Against Settlement. In: *Fordham Law Review*, vol. 78, n. 3, 2009, p. 1171-1176.

\_\_\_\_\_. *What Is Life Worth?: The Inside Story of the 9/11 Fund and Its Effort to Compensate the Victims of September 11<sup>th</sup>*. New York: Public Affairs, 2005.

\_\_\_\_\_. Alternatives to the Conventional Litigation System - Designing and Administering the Gulf Coast Claims Facility. In: *Annual Institute on Mineral Law*, vol. 58, p. 1-13.

\_\_\_\_\_. Unconventional Responses to Unique Catastrophies. In: *Akron Law Review*, vol. 45, n. 3, 2012, p. 575-582.

\_\_\_\_\_. Creative use of ADR: the court-appointed special settlement master. In: *Albany Law Review*, vol. 59, 1996, p. 881-893.

FELDMAN, Joel S.; NEWMAN, Sarah Hughes; SCHUMAKER, Anna C. Ascertainability: an overlooked requirement for class certification. In: *Class Action Litigation report*, 2009, p. 1-5.

FELDMAN, Saul. Out of the Hospital, onto the Streets: The Overselling of Benevolence. In: *The Hastings Center Report*, vol. 13, n. 3, 1983, p. 5-7.

FELSTINER, William L. F. Influences of Social Organization on Dispute Processing. In: *Law & Society Review*, vol. 9, n. 1, 1974, p. 63-94.

FENNOL, Jordi Nieva. El Procedimiento especial para La proteccion de consumidores y usuarios: lagunas, remedios e ideas de futuro. In: *Revista de Processo*, vol. 156, 2008, p. 104-136.

FERGUSSON, M. Carr. A day in court in Justinian`s Rome: some problems of evidence, proof and justice in roman law. In: *Iowa Law Review*, vol. 46, 1961, p. 732-772.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves (org.). *Interpretação Constitucional: Reflexões sobre (a nova) Hermenêutica*. 2. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2011.

FINCH, Michael. Fairness and finality in institutional litigation: the lessons of school desegregation. In: *Civil Rights Law Journal*, vol. 4, n. 2, 1994, p. 109-206.

FINK, Daniel. Alternativa à ação civil pública ambiental: reflexões sobre as vantagens do termo de ajustamento de conduta. In: MILARÉ, Édis (org.). *Ação Civil Pública: 15 anos*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 119 e ss.

FIORILLO, Celso Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FISH, Jill E. Lawyers on the Auction Block: Evaluating the Selection of Class Counsel by Auction. In: *Columbia Law Review*, vol. 102, n. 3, 2002, p. 650-728.

FISS, Owen. The Supreme Court 1978 term: Foreword: the forms of justice. In: *Harvard Law Review*, vol. 93, n. 1, 1979, p. 1-58.

\_\_\_\_\_. Objectivity and interpretation. In: *Stanford Law Review*, vol. 34, 1982, p. 739-763.

\_\_\_\_\_. The allure of individualism. In: *Iowa Law Review*, vol. 78, 1993, p. 965-979.

\_\_\_\_\_. Against settlement. In: *Yale Law Journal*, vol. 93, n. 6, 1984, p. 1073-1092.

\_\_\_\_\_. The Political Theory of class actions. In: *Washington & Lee Law Review*, vol. 53, 1996, p. 21-31.

\_\_\_\_\_. *Injunctions*. Mineola: The Foundation Press, 1972.



\_\_\_\_\_. *The irony of free speech*. Cambridge: Harvard University Press, 1998.

\_\_\_\_\_. *The civil rights injunction*. Bloomington: Indiana University Press, 1978.

FITZPATRICK, Brian T. An Empirical Study of Class Action Settlements and Their Fee Awards. In: *Journal of Empirical Legal Studies*, vol. 7, n. 4, 2010, p. 811-846.

FLETCHER, William. The discretionary Constitution: institutional remedies and judicial legitimacy. In: *The Yale Law Journal*, vol. 91, n. 4, 1982, p. 635-697.

FLINN, Meghan E. A Continuing War with Asbestos: The Stalemate Among State Courts on Liability for Take-Home Asbestos Exposure. In: *Washington & Lee Law Review*, vol. 71, 2014, p. 707-757.

FONTE, Eliane Maria Monteiro da. Da institucionalização da loucura à reforma psiquiátrica: as sete vidas da agenda pública em saúde mental no brasil. In *Revista do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da UFPE*, v. 1, n. 18, 2013.

FORD, Richard Thompson. *Rights gone wrong: how law corrupts the struggle for equality*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2011.

FORKOSCH, Morris D. American Democracy and Procedural Due Process. In: *Brooklyn Law Review*, vol. 24, 1978, p. 173-253.

FRAGOSO, Heleno Claudio. Transexualismo - Cirurgia. Lesão Corporal. In: *Revista de Direito Penal*, n. 25, 1979, p. 25-34.

FRASSINETTI, Alessandra. *La notificazione nel processo civile*. Roma: Giuffrè, 2012.

FREILICH, Robert H. The Use of a Special Master in Complex Environmental Litigation. In: *The Urban Lawyer*, vol. 29, n. 1, 1997, p. 1-12.

FREIRE JR., Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

FREITAS, Vladimir Passos de. O Magistrado e o Meio Ambiente. In: *Revista dos Tribunais*, v. 659, 1990, p. 29-35.

FRIED, Charles; ROSENBERG, David. *Making tort law*: what should be done and who should do it. Washington: American Enterprise Institute for Public Policy Research, 2003.

FRIEDMAN, Mark W. Constrained Individualism in Group Litigation: Requiring Class Members to Make a Good Cause Showing before Opting Out of a Federal Class Action. In: *Yale Law Journal*, vol. 100, n. 3, 1990, p. 745-764.

FRIEDMAN, Barry. When rights encounter reality: enforcing federal remedies. In: *South California Law Review*, vol. 65, 1992, p. 735-780.

FRIENDLY, Henry. Some Kind of hearing. In: *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 123, 1975, p. 1267-1317.

FULLER, Lon L. The Forms and Limits of Adjudication. In: *Harvard Law Review*, vol. 92, 1978, p. 353-409.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 2. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1998.

\_\_\_\_\_. *Hermenêutica em retrospectiva*. 4 Vols. Tradução de Marco Antônio Casanova. Petrópolis: Vozes, 2007.

GAGE, Nathaniel L.; CRONBACH, Lee J. Conceptual and methodological problems in interpersonal perception. In: *Psychological Review*, vol. 62, n. 6, 1955, p. 411-422.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Os reflexos do tempo no direito processual civil (uma breve análise da qualidade temporal do processo civil brasileiro e europeu). In: *Revista Jurídica Unijus*, vol. 8, n. 9, 2005, p. 139-153.

GAMSON, William A. A Theory of coalition formation. In: *American Sociological Review*, vol. 26, n. 3, 1961, p. 373-382.

GARNER, Bryan A. (ed.) *Black's Law Dictionary*. 9. ed. St. Paul: Thomson Reuters, 2009.

GARTH, Bryant G. Conflict and dissent in class actions: a suggested perspective. In: *Northwestern University Law Review*, vol. 77, n. 4, 1982, p. 492-535.

GARTH, Bryant; NAGEL, Illene H.; PLAGER, S. Jay. The Institution of the Private Attorney General: Perspectives from an Empirical Study of Class Action Litigation. In: *Southern California Law Review*, vol. 61, n. 2, 1988, p. 353-398.

GARRETT, Brandon L. Structural Reform Prosecution. In: *Virginia Law Review*, vol. 93, 2007, p. 853-957.

GASPAR, Tarcísio de Souza. Derrama, boatos e historiografia: o problema da revolta popular na Inconfidência Mineira. In: *Revista Topoi*, v. 11, n. 21, 2010, p. 51-73.

GAVROSNKI, Alexandre Amaral. *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

GIDDENS, Anthony. *A contemporary critique of historical materialism: the Nation-State and violence*. University of California Press, 1985.

\_\_\_\_\_. *Runaway World: How Globalization is Reshaping Our Lives*. London: Profile, 1999.

\_\_\_\_\_. *A Constituição da Sociedade*. 2. ed. Tradução de Alvaro Cabral São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Editora Saraiva, 1995.

\_\_\_\_\_. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

\_\_\_\_\_. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. In: *Revista de Processo*, n. 108, out-dez de 2002, p. 61-70.

\_\_\_\_\_. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

GINSBERG, Jordan B. Class Action Notice: The Internet's Time Has Come. In: *University of Chicago Legal Forum*, 2003, p. 739-772.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. *Curso de direito processual civil coletivo*. 2. ed. São Paulo: Editora SRS, 2008.

GONÇALVES, Renata Weber; VIEIRA, Fabíola Sulpino; DELGADO, Pedro Gabriel Godinho. Política de Saúde Mental no Brasil: evolução do gasto federal entre 2001 e 2009. In: *Revista Saúde Pública*, 2012, vol. 46, n. 1, 2012, p. 51-58.

GOODLANDER, John. Cy pres settlements: problems associated with the judiciary's role and suggested solutions. In *Boston College Law Review*, vol. 56, 2015, p. 773-765.

GOODLIFFE, Gabriel. *The resurgence of the radical right in France*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

GOSTIN, Lawrence O.; BURRIS, Scott; LAZZARINI, Zita. The Law and the Public's Health: A Study of Infectious Disease Law in the United States. In: *Columbia Law Review*, vol. 99, n. 1, 1999, p. 59-128.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. *El debido proceso*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004.

GRANT, Maximilian A. The Right Not to Sue: A First Amendment Rationale for Opting Out of Mandatory Class Actions. In: *University of Chicago Law Review*, Vol. 63, n. 1, 1996, p. 239-274.

GRASSO, Eduardo. La collaborazione nel processo civile. In: *Rivista di Diritto Processuale*, ano XXI, n.4, 1966, p. 580-609.

GRAVES, Trevor. Methyl Tertiary Butyl Ether (MTBE): a certification problem. In: *Journal of Natural Resources & Environmental Law*, vol. 17, n. 2., 2003, p. 187-198.

GREAT BRITAIN. *Reports of cases argued and determined in the High Court of Chancery*. 14th Ed., Vol. 1. London: W. Clarke and Sons, 1819.

GREEN, Donald; SHAPIRO, Ian. *Pathologies of Rational Choice Theory: A Critique of Applications in Political Science*. New Haven: Yale University Press, 1994.

GREEN, Eric D. What Will We Do When Adjudication Ends-We'll Settle in Bunches: Bringing Rule 23 into the Twenty-first Century. In: *UCLA Law Review*, vol. 44, n. 6, 1997, p. 1773-1802.

GREENE, Brian. *O tecido do cosmo*. Tradução de José Viegas Filho. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

GREER, Marcy Hogan. *A practitioner's guide to class actions*. Chicago: American Bar Association, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JR, Nelson. *Código de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed, vol II. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. *Os Processos coletivos nos países de civil law e common law: uma análise de direito comparado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008

GRINOVER, Ada Pellegrini (coord.). *A tutela dos interesses difusos*: doutrina, jurisprudência e trabalhos forenses. São Paulo: Max Limonad, 1984.

\_\_\_\_\_. A tutela dos Interesses difusos. In: *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 12, 1979.

\_\_\_\_\_. *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

\_\_\_\_\_. Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos. In: *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2000.

\_\_\_\_\_. Novas tendências da tutela jurisdicional dos interesses difusos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual de acordo com a Constituição de 1988*. São Paulo: Editora Forense Universitária, 1990.

\_\_\_\_\_. As garantias constitucionais do processo nas ações coletivas. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, n. 82, 1987, p. 180-197.

\_\_\_\_\_. Defesa, contraditório, igualdade e par conditio na ótica do processo de estrutura cooperatória. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, coord. *O processo constitucional em marcha*. São Paulo: Editora Max Lemonad, 1986.

\_\_\_\_\_. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973.

\_\_\_\_\_. Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos. In: *Revista de Processo*, vol. 97, 2000, p. 9 e ss.

\_\_\_\_\_. *O processo: Estudos & Pareceres*. São Paulo: Perfil, 2005.

\_\_\_\_\_. Ações coletivas Ibero-Americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada. In: *Revista Forense*, vol. 361, 2002, p. 3-12.

\_\_\_\_\_. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. In: *Revista de Processo*, ano 33, n. 164, 2008. p. 9-28.

GROSBERG, Lawrence M. Class actions and client-centered decisionmaking. In: *Syracuse Law Review*, vol. 40, 1989, p. 709-788.

GROSS, Samuel R.; SYVERUD, Kent D. Getting to No: A Study of Settlement Negotiations and the Selection of Cases for Trial. In: *Michigan Law Review*, vol. 90, n. 2, 1991, p. 319-393.

HABERMAS, Jürgen. *The postnational constellation: political essays*. Cambridge: The MIT Press, 2001.

\_\_\_\_\_. *The theory of communicative action*. 2 vols. Trad. Thomas McCarthy. Boston: Beacon Press, 1984.

\_\_\_\_\_. Jürgen. *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. Trad. William Rehg. Cambridge: MIT Press, 1996.

HAMDANI, Assaf; KLEMENT, Alon. The class defense. In: *California Law Review*, vol. 93, 2005, p. 687-741.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *The Federalist Papers*. Disponível em <<http://www.let.rug.nl/usa/documents/1786-1800/the-federalist-papers/>>.

HANDLER, Joel F. *Social Movements and the Legal System: Theory of Law Reform and Social Change*. New York: Academic Press, 1979.

HARRIS, Angela P. Race and Essentialism in Feminist Legal Theory. In: *Stanford Law Review*, vol. 42, n. 3, 1990, p. 581-616.

HARRIS, Howard S. Subclasses – the test case concept – Eisen v. Carlisle & Jacquelin. In: *Ohio State Law Journal*, vol. 36, 1975, p. 911-928.

HARKINS JR., John G. Federal Rule 23: the early years. In: *Arizona Law Review*, vol. 39, 1997, p. 705-710.

HARNISH, Brandon. Alasdair MacIntyre and F. A. Hayek on the Abuse of Reason. In: *The Independent Review*, v. 15, n. 2, 2010, p. 179-199.

HART, H. L. A. *O Conceito de Direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2001.

HAY, Bruce L. Procedural justice-ex ante vs. ex post. In: *UCLA Law Review*, vol. 44, 1997, p. 1803-1850.

HAY, Bruce L. e ROSENBERG, David. The individual justice of averaging. *Harvard Law School John M. Olin Center for Law, Economics and Business Discussion Paper Series*. Paper 285, 2000.

\_\_\_\_\_. Sweetheart and Blackmail Settlements in Class Actions: Reality and Remedy. In *Notre Dame Law Review*, vol. 75, n. 4, 2000, p. 1377-1408.

HAZARD JR. Geoffrey C.; GEDID, John L.; SOWLE, Stephen. An Historical Analysis of the Binding Effect of Class Suits. In: *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 146, 1998, p. 1849-1948.

HAZARD, Geoffrey B. The Effect of the Class Action Device Upon the Substantive Law. In: *Federal Rules Decisions*, vol. 58, 1973, p. 307 e ss.

HAZARD JR., Geoffrey C. Class certification base on merits of the claims. In: *Tennessee Law Review*, vol. 69, 2001, p. 1-11.

\_\_\_\_\_. The futures problem. In: *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 148, 2000, p. 1901-1918.

HAZARD JR., Geoffrey C.; GEDID, John L.; SOWLE, Stephen. Historical Analysis of the Binding Effect of Class Suits. In: *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 146, n. 6, 1998, p. 1849-1948.

HECK, Philipp. *El problema de la creación del derecho*. Traducción de Manuel Enteriza. Barcelona: Ediciones Ariel, 1961.

HELD, David. *La democracia y el orden global: del estado moderno al gobierno cosmopolita*. Barcelona: Paidós, 1997.

HEMINGWAY, John. *Conflict and democracy: studies in trade union government*. Oxford, Claredon Press, 1978.

HENSLER, Deborah. The Globalization of Class Actions: An Overview. In: *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, vol. 622, 2009, p. 7-29.

HENSLER, Deborah et al. *Class Action Dilemmas: Pursuing Public Goals for Private Gain*. Santa Monica: RAND, 2000.

HENSLER, Deborah; HODGES, Christopher; TULIBACKA, Magdalena (eds.). *The Globalization of Class Actions*. Thousand Oaks: Sage Publications, 2007.

HENSLER, Deborah. Financing civil litigation: the US perspective. In: TULL, Mark e VISSCHER, Louis (eds.). *New Trends in Financing Civil Litigation in Europe: A Legal, Empirical, and Economic Analysis*. Northampton: Edward Elgar, 2010, p. 149-174.



\_\_\_\_\_. Fashioning a National Resolution of Asbestos Personal Injury Litigation: A Reply to Professor Brickman. In: *Cardozo Law Review*, vol. 13, n. 6, 1992, p. 1967-1990.

\_\_\_\_\_. As times goes by: asbestos litigation after Amchem and Ortiz. In: *Texas Law Review*, vol. 80, 2002, p. 1898-1924.

HERMANN, Michele. *Rhem v. Malcolm: A Case Study of Public Interest Litigation: Pretrial Detention*. (Master Thesis), Harvard Law School, 1977.

HERR, David F. *Multidistrict litigation manual: practice before the judicial panel on multidistrict litigation*. St Paul: West, 2013.

HESPANHA, António Manuel. *A política perdida: ordem e governo antes da modernidade*. Curitiba: Editora Juruá, 2010.

HILSEE, Todd B .; INTREPIDO, Gina M.; WHEATMAN, Shannon R. Hurricanes, Mobility, and Due Process: The Desire-to-Inform Requirement for Effective Class Action Notice Is Highlighted by Katrina. In: *Tulane Law Review*, vol. 80, 2006, p. 1771-1808.

HINES, Laura J.; HINES, N. William. Constitutional Constraints on Punitive Damages: Clarity, Consistency, and the Outlier Dilemma. In: *University of Iowa Legal Studies Research Paper*, n. 15-04, 2015.

HIRSCHMAN, Albert O. *Exit, Voice, and Loyalty: Responses to Decline in Firms, Organizations, and States*. Cambridge: Harvard University Press, 1970.

HIRST, Paul. Representative Democracy and Its Limits. In: *The Political Quarterly*, vol. 59, n. 2, 1988, p. 199-213.

\_\_\_\_\_. *Representative Democracy and its Limits*. Cambridge: Polity, 1991.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Editora Martin Claret, 2001.

HOBBSBAWM, Eric J. *A era das revoluções*. 12. ed. Tradução de Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2000.

HOCH, Stephen J. Who Do We Know: Predicting the Interests and Opinions of the American Consumer. In: *Journal of Consumer Research*, vol. 15, n. 3, 1988, p. 315-324.

HODGES, Christopher. *Multi-party actions*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

HOFFMAN, Stephen. Is Torture Justified in Terrorism Cases? Comparing U.S. and European Views. In: *Northern Illinois Law Review*, vol. 33, 2013, p. 379-391.

HOLMES JR. Oliver Wendell. *The common Law*. Boston: Little, Brown and Company, 1881.

HOKE, John B. Parens Patriae: A Flawed Strategy for State-Initiated Obesity Litigation. In: *William & Mary Law Review*, vol. 54, n. 5, 2013, p. 1753-1789.

HOLLANDER-BLUMOFF, Rebecca. The Psychology of Procedural Justice in the Federal Courts. In: *Hastings Law Journal*, vol. 63, 2011, p. 127-178.

HOLO, Robert E. Defendant Class Actions: The Failure of Rule 23 and a Proposed Solution. In: *UCLA Law Review*, Vol. 38, n. 1, 1990, p. 223-276.

HOOPER, Laurel L. e LEARY Mary. *Auctioning the Role of Class Counsel in Class Action Cases: a Descriptive Study*. Federal Judicial Center, 2001.

HOPKINSON, Daniel C. The New Federal Rules of Procedure as Compared with the Former Federal Equity Rules and the Wisconsin Code. In: *Marquette Law Review*, vol. 23, n. 4, 1939, p. 159-191.

HYMAN, Andrew T. The little word “due”. In: *Akron Law Review*, vol. 38, 2005, p. 1-51.

IANNI, Octávio. *Teorias da Globalização*. 13ª. Ed. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2006.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Potencial de Efetividade das Audiências Públicas do Governo Federal: Relatório de Pesquisa*. Brasília: Ipea, 2013.

IRELLI, Vincenzo Cerulli. *Corso di diritto amministrativo*. Torino: Giappichelli Editore, 1997.

ISSACHAROFF, Samuel. Preclusion, due process, and the right to opt out of class actions. In: *Notre Dame Law Review*, vol. 77:4, 2002, p. 1057 a 1081.

\_\_\_\_\_. Class action conflicts. In: *U. C. Davis Law Review*, vol. 30, 1997, p. 805-833.

\_\_\_\_\_. Shocked: Mass Torts and Aggregate Asbestos Litigation after Amchem and Ortiz. In: *Texas Law Review*, vol. 80, n. 7, 2002, p. 1925-1942.

\_\_\_\_\_. Governance and legitimacy in the law of class actions. In: *The Supreme Court Review*, 1999, p. 337-392.

\_\_\_\_\_. Administering Damage Awards in Mass-Tort Litigation. In: *Review of Litigation*, vol. 10, n. 2, 1991, p. 463-494.

ISSACHAROFF, Samuel e RAVE, D. Theodore. The BP Oil Spill Settlement and the Paradox of Public Litigation. In: *Louisiana Law Review*, vol. 74, 2014, p. 397-431.

JOBIM, Marco Félix. *Medidas estruturantes: da Suprema Corte estadunidense ao Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

JOHNSON, Kevin R.; MARTINEZ, George A. Discrimination by Proxy: The Case of Proposition 227 and the Ban on Bilingual Education. In: *U.C. Davis Law Review*, Vol. 33, n. 4, 2000, p. 1227-1276.

JONES, Craig. *Theory of class actions*. Toronto: Irwin Law, 2003.

JUDICIAL COUNCIL OF CALIFORNIA. *Class Certification in California: second interim report from the study of california class action litigation february 2010*. San Francisco: Judicial Council of California, 2009.

JUROW, Keith. Untimely Thoughts: A Reconsideration of the Origins of Due Process of Law. In: *The American Journal of Legal History*, vol. XIX, 1975, p. 265-279.

JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Editora Dialética, 2002.

KADISH, Sanford H. Methodology and Criteria in Due Process Adjudication. A Survey and Criticism. In: *The Yale Law Journal*, vol. 66, n. 3, 1957, p. 319-363.

KAHAN, Marcel e SILBERMAN, Linda. Matsushita and beyond: the role of state courts in class actions involving exclusive federal claims. In: *The Supreme Court Review*, 1996, p. 219-283.

\_\_\_\_\_. The Inadequate Search for Adequacy in Class Actions: A Critique of Epstein v. MCA, Inc. In: *New York University Law Review*, vol. 73, n. 3, 1998, p. 765-792.

KAKALIK, James S. et. al. *Variation in asbestos litigation compensation and expenses*. Santa Monica: Rand, 1984.

KALODNER, Howard I. E FISHMAN, James J. (orgs.) *Limits of justice: the courts' role in school desegregation*. Cambridge: Ballinger Publisher Co., 1978.

KALVEN JR., Harry; ROSENFELD, Maurice. The contemporary function of the class suit. In: *The University of Chicago Law Review*, vol. vol. 8, 1940, p. 684-721.

KANTOROWICZ, Ernst. *Os dois corpos do rei: Um estudo sobre a teologia política medieval*. Tradução de Cid Kni pel Moreira. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 1998.

KAPLOW, Louis. The Value of Accuracy in Adjudication: an economic analysis. In: *The Journal of Legal Studies*, vol. 23, 1994, p. 307-401.

KARST, Kenneth. Legislative Facts in Constitutional Litigation. In: *Supreme Court Review*, Vol. 1960, pp. 75-112.

KASKANTAZIS NETO, Georges. Desempenho de modelos de valoração econômica de danos ambientais decorrentes da contaminação do solo: CATES, VCP, HEA, DEPRN. In: *MPMG Jurídico Edição Especial Meio Ambiente*, 2011, p. 31-37.

KEHEMAN, Daniel; SLOVIC, Paul; TVERSKY, Amos (eds.) *Judgment under uncertainty: heuristics and biases*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

KELLER, Bruce. A survey of survey evidence. In: *Litigation*, vol. 19, n. 1, 1992, p. 23-71.

KLEMENT, Alon. Who Should Guard the Guardians? A New Approach for Monitoring Class Action Lawyers. In: *The Review of litigation*, vol. 21, 2002, p. 25-82.

KLONOFF, Robert H.; BILICK, Edward K. MALVEAUX, Suzette M. *Class Actions and other Multi-party litigation: cases and materials*. 3rd. ed. St. Paul: West, 2012.

KLONOFF, Robert H.; HERRMANN, Mark; HARRISON, Bradley W. Making Class Actions Work: The Untapped Potential of the Internet. In: *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 69, n. 4, 2008, p. 727-768.

KLONOFF, Robert H. The Judiciary's Flawed Application of Rule 23's Adequacy of Representation Requirement. In: *Michigan State Law Review*, vol. 2004, n. 3, 2004, p. 671-702.

KOCH JR., Charles H. "Some kind of hearing" in England. In: *William and Mary Law Review*, vol. 23, n. 2, 1981, p. 219-259.

KONIAK, Susan P; COHEN, George M. Under Cloak of Settlement. In: *Virginia Law Review*, vol. 82, n. 7, 1996, p. 1051-1280.

KRAMER, Larry. Consent Decrees and the Rights of Third Parties. In: *Michigan Law Review*, vol. 87, n. 2, 1988, p. 321-364.

KRELL, Andreas. *Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais: a Constituição concretizada construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

KRIESBERG, Louis. Constructive conflicts. In: YOUNG, Neil J. (org.). *The Oxford international encyclopedia of peace*. Vol. 1. Oxford: Oxford University Press, 2010.

KRISTEVA, Julia. *Crisis of the European Subject*. New York: Other Press, 2000.

KRUEGER, Richard A.; CASEY, Mary Anne. *Focus groups: a practical guide for applied research*. 4<sup>th</sup> ed. Thousand Oaks: Sage Publications, Inc, 2008.

KRUSE, Kevin M. *White Flight: Atlanta and the Making of Modern Conservatism*. Princeton: Princeton University Press, 2011.

KURAN, Timur; SUSTEIN, Cass. Availability cascades and risk regulation. In: *Stanford Law Review*, vol. 51, 1999, p. 683-768.

KVALE, Steinar e BRINKMANN, Svend. *Interviews: learning the craft of qualitative research interviewing*. 2. ed. Thousand Oaks: Sage Publications, 2009.

KYMLICKA, Will. *Multicultural citizenship*. Nova York: Oxford University Press, 1996.

LAHAV, Alexandra D. Two views of the class action. In: *Fordham Law Review*, vol. 79, 2001, p. 1939-1963.

\_\_\_\_\_. Symmetry and class action litigation. In: *UCLA Law Review*, vol. 60, 2013, p. 1494-1522.

\_\_\_\_\_. *Rough Justice* (2010). Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1562677>>. Acesso em 25.11.14.

\_\_\_\_\_. Bellwether Trials. In: *George Washington Law Review*, vol. 76, n. 3, 2008, p. 576-638.

LAMY, Eduardo de Avelar; TEMER, Sofia Orberg. A representatividade adequada na tutela de direitos individuais homogêneos. In: *Revista de Processo*, vol. 206, 2012, p. 167 e ss.

LAMONTAGNE, Annie. *Impactos discursivos: conflitos socioambientais e o licenciamento da UHE Estreito*. Curitiba: Editora CRV, 2012.

LANDERS, Jonathan M. Of legalized blackmail and legalized theft: consumer class actions and the substance-procedure dilemma. In: *South California Law Review*, vol. 47, 1974, p. 842-901.

LA PIERRE, D. Bruce. Voluntary interdistrict school desegregation in St. Louis: the special master's tale. In: *Wisconsin Law Review*, 1987, p 971-1040.

LARKIN, Jocelyn. Incentive awards to class representatives in class action settlements. Disponível em: <<http://impactfund.org/downloads/Resources/IncentiveAwards.pdf>>.

LATOUR, Bruno. Gabriel Tarde and the End of the Social. In: JOYCE, Patrick, (ed.). *The Social in Question*. New Bearings in History and the Social Sciences. London: Routledge, p. 117-132.

LAYCOCK, David (ed.). *Representation and Democratic Theory*. Vancouver: UBC Press, 2004.

LAYCOCK, Douglas. Consent Decrees without Consent: The Rights of Nonconsenting Third Parties. In: *University of Chicago Legal Forum*, 1987, p. 103-154.

\_\_\_\_\_. Due process of law in trilateral disputes. In: *Iowa Law Review*, vol. 78, 1993, p. 1011-1028.

LAZARUS, Edward. *Black Hills/White Justice: The Sioux Nation versus the United States, 1775 to the Present*. Omaha: University of Nebraska Press, 1999.

LAZARUS, Richard. Pursuing “environmental justice”: the distributional effects of environmental protection. In: *Northwestern University Law Review*, vol. 87, n. 3, 1993, p. 787-857.

LAZOS, Sylvia R. Abuse in Plaintiff Class Action Settlements: The Need for a Guardian During Pretrial Settlement Negotiations. In: *Michigan Law Review*, vol. 84, 1985, p. 308-332.

LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. Tutela jurisdicional diferenciada no Projeto de novo Código de Processo Civil. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília ano 48 n. 190 abr./jun. 2011, p. 179 a 190.

LEUBSDORF, John. The contingency factor in attorney fee awards. In: *The Yale Law Journal*, vol. 90, n. 3, 1981, p. 473-513.

LIEBMAN, Enrico Tulio. *Eficácia e Autoridade da Sentença*. 3. ed. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1984.

LITWILLER, Lisa. Has the Supreme Court Sounded the Death Knell for Jury Assessed Punitive Damages? A Critical Re-Examination of the American Jury. In: *University of San Francisco Law Review*, vol. 36, 2002, p. 411-471.

LOPES, José Leite. *A estrutura quântica da matéria: do átomo pré-socrático às partículas elementares*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2005.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Justicia colectiva*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2010.

LOTTMAN, Michael S. Paper Victories and Hard Realities. In: BRADLEY, Valerie e CLARKE, Gary. *Paper Victories and Hard Realities: the implementation of the legal and constitutional rights of the mentally disabled*. Washington, D.C.: The Health Policy Center of Georgetown University, 1976, p. 93-105.

LUHMANN, Niklas. *Social Systems*. Tradução de John Bednarz Jr. e Dirk Baecker. Stanford University Press, 1995.

MACEDO, Evaristo de. Prefácio a SIMMEL, Georg. *Sociologia*. Organização de Evaristo de Moraes Filho. São Paulo: Ática, 1983.

MACEDO, Alexander dos Santos. *Da Eficácia Preclusiva Pan-processual dos Efeitos Cíveis da Sentença Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1989.



MACÊDO, Lucas Buril de. O controle judicial da representação adequada: notas ao tratamento legal e doutrinário e proposta de adequação constitucional de seus efeitos. In: *Revista de Processo*, vol. 227, 2014, p. 209 e ss.

MACEY, Jonathan R. e MILLER, Geoffrey P. The Plaintiffs' Attorney's Role in Class Action and Derivative Litigation: Economic Analysis and Recommendations for Reform. In: *The Chicago University Law Review*, vol. 58, n. 1, 1991, p. 1-118.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MACCHIAROLA, Frank. The courts in the politicam process: judicial activism or timid local government? In: *Journal of Civil Rights and Economic Development*, vol. 9, n. 2, 1994, p. 703-723.

MACINTYRE, Alasdair. *After Virtue: A Study in Moral Theory*. 3. ed. Notre Dame: University, of Notre Dame Press, 2007.

MAGALHÃES E GUERRA, Márcia Vitor de. *Substituição processual conglobante: novas observações sobre a substituição processual nos processos coletivos e a necessidade de controle judicial da legitimação adequada e da adequada representação*. (Dissertação de mestrado) – Universidade Federal do Espírito Santo. Orientador: Prof. Dr. Hermes Zaneti Jr. Vitória: 2009.

MAJER, Diemut. *"Non-Germans" Under the Third Reich: The Nazi Judicial and Administrative System in Germany and Occupied Eastern Europe with Special Regard to Occupied Poland, 1939-1945*. Baltimore: JHU Press, 2003.

MAITLAND, F.W. *Equity also the forms of action at common law: two courses of lectures*. Cambridge: Cambridge University Press, 1910.

MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

\_\_\_\_\_. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

\_\_\_\_\_. *Direitos difusos: conceito e legitimação para agir*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_. Transposição das águas do rio São Francisco: uma abordagem jurídica da controvérsia. In: *Revista de Direito Ambiental*, vol. 10, n. 37, p. 28-79.

\_\_\_\_\_. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MARANHÃO, Clayton. Nota crítica ao instituto da ação coletiva passiva no direito brasileiro. In: *Scientia Iuris*, Londrina, vol. 9, 2005, p. 9-14.

MASHAW, Jerry L. The management side of due process: some theoretical and litigation notes on the assurance of accuracy, fairness, and timeliness in the adjudication of social welfare claims. In: *Cornell Law Review*, vol. 59, 1974, p. 772-824.

MARCIN, Raymond B. Searching for the Origin of the Class Action. In: *Catholic University Law Review*, vol. 23, 1974, p. 515-524.

MARGULIES, Peter. The new class action jurisprudence and public interest law. In: *New York University Review of Law and Social Change*, vol. XXV, 1999, p. 487-538.

\_\_\_\_\_. Bilingual Education, Remedial Language Instruction, Title VI, and Proof of Discriminatory Purpose: A Suggested Approach. In: *Columbia Journal of Law and Social Problems*, vol. 17, n.1, 1981, p. 99-162.

\_\_\_\_\_. Who Are You to Tell Me That: Attorney-Client Deliberation Regarding Nonlegal Issues and the Interests of Nonclients. In: *North Carolina Law Review*, vol. 68, n. 2, 1990, pp. 213-252.

MARCH, James G.; OLSEN, Johan P. *Rediscovering institutions: the organizational basis of politics*. New York: The Free Press, 1989.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_. *Teoria Geral do Processo*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. *Efetividade do processo e tutela de urgência*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

\_\_\_\_\_. *Novas linhas do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

\_\_\_\_\_. Direito Fundamental à duração razoável do processo. In: *Revista Estação Científica*, vol. 1, n. 4, 2009, p. 82-97.

\_\_\_\_\_. *Tutela Inibitória*: individual e coletiva. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

\_\_\_\_\_. *Antecipação da Tutela*. 12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de conhecimento*. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MARQUES, José Roberto. Reparação do dano ambiental: necessidade de adequação do dimensionamento do Pedido formulado em ação civil Pública. In: *MPMG Jurídico Edição Especial Meio Ambiente*, 2011, p. 8-9.

MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Devido processo legal substantivo*: razão abstrata, função e características de aplicabilidade. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito processual do trabalho*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARX, Karl. ENGELS, Friederich. *Manifesto comunista*. Tradução de Álvaro Pina. São Paulo: Boitempo Editorial, 2005.

MATSUSAKA, John G. The eclipse of legislatures: Direct democracy in the 21st century. In: *Public Choice*, vol. 124, n. 1, 2005, p. 157-177.

MAURER, Sara. Dow Chemical Co. v. Stephenson: class action catch 22. In: *South Carolina Law Review*, vol. 55, 2004, p. 467-487.

MAXWELL, Kenneth. *A devassa da devassa. A Inconfidência Mineira: Brasil e Portugal 1750-1808*. São Paulo: Paz e Terra, 1985.

MAY, Larry. *Global justice and due process*. New York: Cambridge University Press, 2011.

MAZZEI, Rodrigo. A intervenção móvel da pessoa jurídica na ação popular e ação de improbidade administrativa (arts. 6º, § 3º, da LAP e 17, § 3º, da LIA). In: *Revista Forense*, vol. 400, 2008, p. 227-254.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 20. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

MCCABE, Peter G. *Renewal of the Federal Rulemaking Process*. In: *American University Law Review*, vol. 44, n. 5, 1995, p. 1655-1692.

MCDERMOTT, John T. The transferee judge: the unsung hero of multidistrict litigation. In: *Montana Law Review*, vol. 35, 1974, p. 15.37.

MCGOVERN, Francis E. Dispute System Design: The United Nations Compensation Commission. In: *Harvard Negotiation Law Review*, Vol. 14, n. 1, 2009, p. 171-194.

\_\_\_\_\_. Settlement of Mass Torts in a Federal System. In: *Wake Forest Law Review*, Vol. 36, n.4, 2001, p. 871-888.

\_\_\_\_\_. Resolving mature mass tort litigation. In: *Boston University Law Review*, vol. 69, 1989, p. 659-694.

\_\_\_\_\_. Toward a Functional Approach for Managing Complex Litigation. In: *The University of Chicago Law Review*, vol. 53, n. 2, 1986, p. 440-493.

MCLAUGHLIN, Chester. The mystery of the representative suit. In: *Georgetown Law Journal*, vol. 26, n. 4, 1938, pp. 878-904.

MEARES, Tracey. Norms, Legitimacy and Law Enforcement. In: *Oregon Law Review*, vol. 79, 2000, p. 391-416.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Martins. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MERRILL, Thomas W. Capture Theory and the Courts: 1967-1983. In: *Chicago-Kent Law Review*, vol. 72, n. 4, 1997, p. 1039-1118.

MEYER, Martin. The idea of justice and the poor. In *The Public Interest*, n. 8, 1967, p. 96-115.

MEXICO. *Participación Ciudadana... ¿Para Qué?* Hacia Una Política De Participación Ciudadana En El Gobierno Federal. Ciudad de Mexico: CITCC, 2008.

MILARÉ, Edis. *A ação civil pública na nova ordem constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 1990.

MILL, John Stuart. *Utilitarianism, liberty & representative government*. Maryland: Wildside Press, 2007.

\_\_\_\_\_. *The Collected Works of John Stuart Mill*. Vol. XIX. Toronto: University of Toronto Press, 1977.

MILLER, Arthur R. Of Frankenstein monsters and shining knights: myth, reality, and the "class action problem". In: *Harvard Law Review*, vol. 92, 1979, p. 664-694.

\_\_\_\_\_. The pretrial rush to judgment: are the "litigation explosion," "liability crisis," and efficiency cliches eroding our day in court and jury trial commitments? In: *New York University Law Review*, vol. 78, 2003, p. 982-1134.

MILLER, Arthur R.; CRUMP, David. Jurisdiction and Choice of Law in Multistate Class Actions after Phillips Petroleum Co. v. Shutts . In: *Yale Law Journal*, vol. 96, n. 1, 1986, pp. 1-81.

MILLER, Geoffrey P. Rethinking certification and notice in opt-out class actions. In: *UMKC Law Review*, vol. 74, n. 3, 2006, p. 637-650.

\_\_\_\_\_. *Conflict of Interests in Class Action Litigation: An Inquiry into the Appropriate Standard*. In The University of Chicago Legal Forum, 2003, p. 581-630.

MILES, Matthew B.; HUBERMAN, A. Michael; SALDAÑA, Johnny. *Qualitative Data Analysis: A Methods Sourcebook*. 3<sup>rd</sup> ed. Thousand Oaks: Sage Publications, Inc, 2014.

MINOW, Martha. Judge for the situation: Judge Jack Weinstein, creator of temporary administrative agencies. In: *Columbia Law Review*, vol. 97, 2010, p. 2010-2033.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza; NOVAIS, Andréa Lanna Mendes. Metodologias de valoração econômica de danos a bens culturais materiais utilizadas pela Promotoria Estadual de Defesa do Patrimônio Cultural e Turístico de Minas Gerais. In: *MPMG Jurídico Edição Especial Meio Ambiente*, 2011, p. 38-49.

MIRRA, Álvaro Luís Valery. *Participação, processo civil e defesa do meio ambiente no direito brasileiro*. Tese de doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Universidade de São Paulo. Orientador: Professor Doutor Cândido Rangel Dinamarco. Universidade de São Paulo, 2010.

\_\_\_\_\_. Ação civil pública em defesa do meio ambiente: a representatividade adequada dos entes intermediários legitimados para a causa. In: MILARÉ, Edis (org.). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MITIDIERO, Daniel. A multifuncionalidade do direito fundamental ao contraditório e a impropriedade liminar (art. 285-A, CPC): resposta à crítica de José Tesheiner. In: *Revista de Processo*, vol. 144, 2007, p. 105-112, p. 105-112.

\_\_\_\_\_. A Técnica Antecipatória na Perspectiva do Direito Comparado. In: *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, vol. 57, 2014, p. 27-41.

MIXON, Donn. Procedural due process and the teacher. In: *Arkansas Law Review*, vol. 29, 1975, p. 87-103.

MNOOKIN, Robert H. e KORNHAUSER, Lewis. Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce. In: *Yale Law Journal*, Vol. 88, n. 5, 1979, p. 950-997.

MONAGHAN, Henry Paul. Antitrust Injunctions and Preclusion against Absent Nonresident Class Members. In: *Columbia Law Review*, vol. 98, n. 5, 1998, p. 1148-1202.

MOORE, Nancy J. Who should regulate class action lawyers? In: *University of Illinois Law Review*, vol. 2003, n. 5, 2003, p. 1477-1504.

\_\_\_\_\_. Who Will Regulate Class Action Lawyers? In: *Loyola University Chicago Law Journal*, vol. 44, 2012, p. 577-590.

MOTT, Rodney L. *Due process of law: a historical and analytical treatise of the principles and methods followed by the courts in the application of the concept of the "law of the land"*. Indianapolis: The Bobbs-Merrill Company Publishers, 1926.

MORAES, Pedro Rodolfo Bodê de. Émile Durkheim: para uma Sociologia do mundo contemporâneo. In: CODATO, Adriano Nervo (Org.). *Tecendo o presente - oito autores para pensar o século XX*. Curitiba: Sesc/PR, 2006.

MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. Os direitos difusos nas grandes concentrações demográficas. In: *Revista de Processo*, n. 70. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito da Participação Política*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

MORGAN, David L. Focus groups. In: *Annual Review of Sociology*, vol. 22, 1996, p. 129-152.

MORRISON, Alan B. The Inadequate Search for Adequacy in Class Actions: A Brief Reply to Professors Kahan and Silberman. In: *New York University Law Review*, vol. 73, n. 4, 1998, p. 1179-1192.

MULLENIX, Linda S. Prometheus Unbound: The Gulf Coast Claims Facility as a Means for Revolving Mass Tort Claims - A Fund Too Far. In: *Louisiana Law Review*, vol. 71, n. 3, 2011, p. 819-916.

\_\_\_\_\_. Aggregate Litigation and the Death of Democratic Dispute Resolution. In: *Northwestern University Law Review*, vol. 107, n. 2, 2013, p. 511-564.

\_\_\_\_\_. The Constitutionality of the Proposed Rule 23 Class Action Amendments. In: *Arizona Law Review*, vol. 39, n. 2, 1997, p. 615-640.

\_\_\_\_\_. Taking Adequacy Seriously: The Inadequate Assessment of Adequacy in Litigation and Settlement Classes. In: *Vanderbilt Law Review*, vol. 57, n. 5, 2004, p. 1687-1744.

\_\_\_\_\_. *Complex Litigation: 5th Circuit Rejects Trial Plan for Asbestos Class* (1998). Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=2281895>>.

MULLERON, Rachel. *The class action in common law legal systems: a comparative perspective*. Oxford: Hart Publishing, 2004.

MYERSON, Roger B. *Game Theory: Analysis of Conflict*. Cambridge: Harvard University Press, 1997.

MYKKELTVEDT, Roald Y. Procedural due process: the fair trial rule revisited. In: *Mercer Law Review*, vol. 24, 1973, p. 621-649.

NAGARAJAN, Vijaya Rettakudi. The Earth as goddess Bhu Devi: toward a theory of "embedded ecologies" in folk Hinduism. In: NELSON, Lance E. (ed.). *Purifying the Earthly Body of God: religion and ecology in Hindu India*. New York: State University of New York Press, 1998, p. 269-296.



NAGAREDA, Richard A. et al. *The law of class actions and other aggregate litigation*. 2nd ed. St. Paul: Foundation Press, 2013.

NAGAREDA, Richard A. *Mass torts in a world of settlement*. Chicago: The University of Chicago Press, 2007.

\_\_\_\_\_. Class certification in the age of aggregate proof. In: *New York University Law Review*, vol. 84, 2009, p. 97-173.

\_\_\_\_\_. The Preexistence Principle and the Structure of the Class Action. In: *Columbia Law Review*, vol. 103, n. 2, 2003, p. 149-242.

\_\_\_\_\_. Restitution, rent extraction, and class representatives: implications of incentive awards. In: *UCLA Law Review*, vol. 53, 2006, p. 1483-1496.

\_\_\_\_\_. Closure in Damage Class Settlements: The Godfather Guide to Opt-out Rights. In: *The University of Chicago Legal Forum*, 2003, p. 141-176.

\_\_\_\_\_. Autonomy, Peace, and Put Options in the Mass Tort Class Action. In: *Harvard Law Review*, vol. 115, n. 3, 2002, p. 747-830.

NASCIMENTO, Mônica de Souza e FERREIRA, Osmar Mendes. *Tratamento de esgoto urbano: comparação de custos e avaliação da eficiência*. Disponível em <<http://www.pucgoias.edu.br/ucg/prope/cpgss/ArquivosUpload/36/file/Continua/TRATAMENTO%20DE%20ESGOTO%20URBANO%20-%20COMPARA%C3%87%C3%83O%20DE%20CUSTOS%20E%20AVALIA%C3%87%C3%83O%20DA%20EFICI%C3%8ANCIA.pdf>>. Acesso em 03/10/2013.

NEEDHAM, Carol A. Advance Consent to Aggregate Settlements: Reflections on Attorneys' Fiduciary Obligations and Professional Responsibility Duties. In: *Loyola University Chicago Law Journal*, vol. 44, 2012, p. 511-531.

NELSON, Caleb. Stare Decisis and Demonstrably Erroneous Precedents. In: *Virginia Law Review*, Vol. 87, n. 1, 2001, p. 1-84.

NERY, Ana Luiza de Andrade. *Compromisso de ajustamento de conduta: teoria e análise de casos práticos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

NERY Jr., Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

NETTO, Nelson Rodrigues. The Optimal Law Enforcement With Mandatory Defendant Class Action. In: *University of Dayton Law Review*, Vol. 33, n.1, 2007, p. 59-118.

NEVES, Marcelo da Costa Pinto. *Entre Hidra e Hércules: Princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. Brasília: Editora Unb, 2010.

NEWMAN, Jon O. Rethinking Fairness: Perspectives on the Litigation Process. In: *Yale Law Journal*, vol. 94, 1985, p. 1643-1659.

NOTE. Fourteenth Amendment: Due Process in Terminations of Utility Services for Nonpayment. In: *Harvard Law Review*, vol. 86, 1973, p. 1477-1504.

NOTE. Specifying the procedures required by due process: toward limits on the use of interest balancing. In: *Harvard Law Review*, vol. 88, 1975, p. 1510-1543.

NOTE. Class Certification in mass accident cases under rule 23(b)(1). In: *Harvard Law Review*, vol. 96, 1983, p. 1143-1161.

NOTE. Defendant class actions. In: *Harvard Law Review*, Vol. 91, n. 3, 1978, p. 630-658.

NOTE. Developments in the Law: Class Actions. In: *Harvard Law Review*, vol. 89, n. 7, 1976, p. 1318-1644.

NOTE. The Importance of Being Adequate: Due Process Requirements in Class Actions Under Federal Rule 23. In: *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 123, n. 5, 1975, p. 1217-1262.

NOTE. Certifying classes and subclasses in title VII suits. In: *Harvard Law Review*, vol. 99, 1986, p. 619-639.

NOTE. Implementation Problems in Institutional Reform Litigation. In: *Harvard Law Review*, vol. 91, n. 2, 1977, pp. 428-463.

NOTE. Managing the Large Class Action: Eisen v. Carlisle & Jacquelin. In: *Harvard Law Review*, vol. 87, n. 2, 1973, p. 426-457.

NUNES, António José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. *Os tribunais e o direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

O'BRIEN, Marcy. Jenson v. Eveleth Taconite Co.: A Legal Standard for Class Action Sexual Harassment. In: *Journal of Corporation Law*, vol. 19, n. 2, 1994, pp. 417-436.

OLIVEIRA JÚNIOR, Waldemar Mariz de. Tutela Jurisdicional dos interesses coletivos. In: *Estudos sobre o Amanhã*: ano 2000. Caderno 2. São Paulo, 1978.

\_\_\_\_\_. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, coord. *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Editora Max Limonad, 1984.

OLSON, Mancur. *The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups*. Cambridge: Harvard University Press, 1965.

PAE KIM, Richard. Titularidade dos direitos fundamentais difusos e coletivos. In: PAE KIM, Richard; BARROS, Sérgio Resende de; KOSAKA, Fausto Kozo Matsumoto. *Direitos fundamentais coletivos e difusos: questões sobre a fundamentalidade*. São Paulo: editora Verbatim, 2012, p. 11 a 24.

PALU, Osvaldo Luiz. *Controle dos atos de governo pela jurisdição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

PARKER, Bruce B. Understanding epidemiology and its use in drug and medical device litigation. In: *Defense Counsel Journal*, 1998, p. 35-61.

PARSONS, Peter A e STAR,, Kenneth W. Environmental Litigation and Defendant Class Actions: The Unrealized Viability of Rule 23. In: *Ecology Law Quarterly*, Vol. 4, n. 4, 1975, p. 881-914.

PARTLETT, David. Asbestos wars: in three parts. In: *Washington & Lee Law Review*, vol. 71, 2014, p. 759-788.

PASTORE, Clare. Life after Lassiter: an overview of State-Court right-to-counsel decisions. In: *Clearinghouse Review Journal of Poverty Law and Policy*, 2006, p. 186-195.

PENNOCK, J. Roland. Politica representation: an overview. IN PENNOCK, J. Roland (ed.). *Representation*. New York: Atherton Press, 1968, p. 3-27.

PEREIRA, Ruitemberg Nunes. *O princípio do devido processo legal substantivo*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005.

PERINO, Michael A. Class action chaos? The theory of the core and an analysis of out-out rights in mass tort class actions. In: *Emory Law Journal*, vol. 46, 1997, p. 85-161.

PETERSILIA, Joan; CULLEN, Francis T. Liberal but not stupid: meeting the promise of downsizing prisons. In: *Stanford Journal of Criminal Law and Policy*, vol. 2, 2015, p. 1-43.

PETERSILIA, Joan. California prison downsizing and its impact on local criminal justice systems. In: *Harvard Law and Policy Review*, vol. 8, 2014, p. 327-357.

PETRESCU, Victor. Crash and Burn: Taylor v. Sturgell's Radical Redefinition of the Virtual Representation Doctrine. In: *Miami Law Review*, vol. 67, 2010, p. 735-770.

PINTO, Luis Filipe Porto Sá. Técnicas de tratamento macromolecular dos litígios - tendência de coletivização da tutela processual civil. In: *Revista de Processo*, vol. 185, 2010, p. 117 e ss.

PITKIN, Hanna Fenichel. *The concept of representation*. Berkeley: University of California Press, 1984.

PIZZOL, Patrícia Miranda. *Liquidação nas ações coletivas*. São Paulo: Editora Lejus, 1998.

PLATÃO. *Apologia de Sócrates*. Tradução de Maria Lacerda de Souza. Disponível em <http://www.dominipublico.gov.br/download/texto/cv000065.pdf>.

POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. Punitive Damages: an economic analysis. In: *Harvard Law Review*, vol. 111, n. 4, 1998, p. 869-962.

PONTES FILHO, Valmir. *O controle das políticas públicas*. São Paulo: Malheiros, 2003.

POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. 9th ed. Austin: Wolters Kluwer, 2014.

PRADE, Péricles. *Conceito de interesses difusos*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.

\_\_\_\_\_. *Ação Popular*. São Paulo: Editora Saraiva, 1986.

PRIEBE, Stefan. Reinstitutionalisation in mental health care: comparison of data on service provision from six European countries. In: *BMJ*, vol. 330, 2005, p. 123-126.

PRIEST, George L. The Problematic Structure of the September 11th Victim Compensation Fund. In: *DePaul Law Review*, vol. 53, n. 2, 2003, p. 527-546.

PRINCIPE, Giulia. *Italian class actions: an update*. Disponível em <http://globalclassactions.stanford.edu/>.

PRUX, Paula Raymundo; BALSAN, Laércio André Gassen; MOURA, Gilnei Luiz. Transparência e participação popular nas audiências públicas de elaboração e discussão do PPA, LDO e LOA. In: *Contribuciones a las Ciencias Sociales*, 2012. Disponível em <[www.eumed.net/rev/cccss/22/](http://www.eumed.net/rev/cccss/22/)>.

PUGLIESE, Giovanni. *Il processo civile romano*. Vol II.1 Il processo formulare, Milano, 1963.

PYRCZ, Greg. Demanding Deliberative Democracy and representation. In: LAYCOCK, David (ed.). *Representation and Democratic Theory*. Vancouver: UBC Press, 2004, p. 179-196.

PÜNDER, Hermann; WALDHOFF, Christian (eds.). *Debates in German Public Law*. Oxford: Hart Publishing Ltd: 2014.

QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *Audiência pública como instrumento de legitimação da jurisdição constitucional*. Tese de doutorado apresentada ao programa de pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Orientador: Prof. Dr. Vidal Serrano Nunes Júnior. São Paulo: 2012.

QUINTANEIRO, Tania; BARBOSA, Maria Lígia de Oliveira; OLIVEIRA, Márcia Gardênia de. *Um toque de clássicos: Marx, Durkheim e Weber*. 2. ed., rev. amp. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

RABIN, Robert L. The September 11th victim compensation fund: a circumscribed response or an auspicious model? In: *DePaul Law Review*, vol. 53, 2003, p. 796-803.

RAMOS FILHO, Wilson. *Direito Capitalista do Trabalho*. São Paulo: Editora LTR, 2012.

RASKOLNIKOV, Alex. Is There a Future for Future Claimants after Amchem Products, Inc. v. Windsor? In: *Yale Law Journal*, vol. 107, n. 8, 1998, p. 2545-2582.

RATLIFF, Jack. Parens Patriae: an overview. In: *Tulane Law Review*, vol. 74, 2000, p. 1847-1858.

\_\_\_\_\_. Special Master's Report in Cimino v. Raymark Industries, Inc. In: *The review of litigation*, vol. 10, 1991, p. 521-546.

RAVITCH, Diane. *The Troubled crusade: American Education 1945-1980*. New York: Basic Books, 1985.

RAWLS, John. *A theory of justice*. Revised Edition. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

\_\_\_\_\_. *Justice as fairness: a restatement*. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

REA, John C. Procedural Due Process in Parole Release Decisions. In: *Arizona Law Review*, vol. 18, 1976, p. 1023-1060.

REDISH, Martin H.; MARSHALL, Lawrence C. Adjudicatory Independence and the Values of Procedural Due Process. In: *Yale Law Journal*, vol. 95, n. 3, 1986, p. 455-505.

REDISH, Martin H. Class Actions and the Democratic Difficulty: Rethinking the Intersection of Private Litigation and Public Goals. In: *University of Chicago Legal Forum*, Vol. 2003, pp. 71-140.

\_\_\_\_\_. *Wholesale Justice: Constitutional Democracy and the Problem of the Class Action Lawsuit*. Stanford: Stanford Law Books, 2009.

RENDLEMAN, Doug. The new due process: rights and remedies. In: *Kentucky Law Journal*, vol. 63, 1975, p. 531-674.

REIS, Cláudio Araújo. Vontade geral e decisão coletiva em Rousseau. In: *Revista Trans/Form/Ação*. Vol.33, n. 2, Marília, 2010, p. 11-34.

RESNIK, Judith. Courts: in and out of sight, site and cite. In: *Villanova Law Review*, vol. 53, 2008, p. 771-810.

\_\_\_\_\_. Managerial Judges. In: *Harvard Law Review*, vol. 96, 1982, p. 376-448.

REYNOLDS, Susan. *Kingdoms and Communities in Western Europe 900-1300*. 2. ed. Oxford: Clarendon Press, 1997.

RHODE, Deborah *et al.* *Legal ethics*. 6<sup>th</sup> ed. New York: Foundation Press, 2012.

RHODE, Deborah L. (ed.). *Brown @ 50: the unfinished legacy*. Chicago: American Bar Association, 2004.

RHODE, Deborah L. Class Conflicts in Class Actions. In: *Stanford Law Review*, vol. 34, n. 6, 1982, p. 1183-1262.

RIVERA, Geraldo. *Willowbrook: A Report on How it is and Why it Doesn't Have to Be That Way*. New York: Random House, 1972.

RIVLIN, Kenneth S. e POTTS, Jamaica D. Proposed rule changes to federal civil procedure may introduce new challenges in environmental class action litigation. In: *Harvard Environmental Law Review*, vol. 23, 2003, p. 519-542.

RIVKIN, Steven e WELCH, Finis. Has School desegregation improved academic and economic outcomes for blacks? In: HANUSHEK, Eric A. e WELCH, Finis. *Handbook of Economics of Education*. Vol. 2. New York: Elsevier, 2006, p. 1019-1049.

RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *Curso de direito do consumidor*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ROBERTSON, Roland. Valores e Globalização: comunitarismo e globalidade. In: SOARES, Luís Eduardo (org.). *Pluralismo cultural, identidade e globalização*. Rio de Janeiro: Unesco e Universidade Cândido Mendes, 1007, p. 76-102.

ROBERTSON, Cassandra Burke. Due process in the American identity. In: *Alabama Law Review*, vol. 64, n. 2, 2012, p. 255-288.

RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

RODRIGUES, Leôncio Martins. *CUT: os militantes e a ideologia*. São Paulo: Paz e Terra, 1990.

\_\_\_\_\_. Declínio das taxas de sindicalização: a década de 80. In: *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, vol. 13, 1998, p. 41-66.

ROQUE, André Vasconcelos. Origens históricas da tutela coletiva: da actio popularis romana às class actions norte-americanas. In: *Revista de Processo*, vol. 188, 2010, p. 101 e ss.

ROSENBERG, David; JACKSON JR., Robert J. A New Model of Administrative Enforcement. In: *Virginia Law Review*, vol. 93, 2007, p. 1983-2015.

ROSENBERG, David; SHAVELL, Steven M. A Model in Which Suits are Brought for Their Nuisance Value. In: *International Review of Law and Economics*, vol. 5, 1985, p. 3-13.



ROSENBERG, David; Hay, Bruce. The Individual Justice of Averaging. In: *The Harvard John M. Olin Discussion Paper Series*, 2000.

ROSENBERG, David. Of End Games and Openings in Mass Tort Cases: Lessons From a Special Master. In: *Boston University Law Review*, vol. 69, 1989, p. 695-730.

\_\_\_\_\_. Class Actions for Mass Torts: Doing Individual Justice By Collective Means. In: *Indiana Law Journal*, vol. 62, 1987, p. 561-596.

\_\_\_\_\_. Adding a Second Opt-out to Rule 23(b)(3) Class Actions: Cost without Benefit. In: *University of Chicago Legal Forum*, 2003, p. 19-70.

\_\_\_\_\_. Mandatory-Litigation Class Action: The Only Option for Mass Tort Cases. In: *Harvard Law Review*, vol. 115, n. 3, 2002, p. 831-898.

\_\_\_\_\_. Mass tort class actions: what defendants have and plaintiffs don't. In: *Harvard Journal on legislation*, vol. 37, 2000, p. 393-431.

ROSENBERG, Gerald N. *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?* 2.ed. Chicago: The University of Chicago Press, 2008.

ROSENBERG, Janet e PHILLIPS, William R. F. The Institutionalization of Conflict in the Reform of Schools: A Case Study of Court Implementation of the PARC Decree. In: *Indiana Law Journal*, vol. 57, 1982, p. 425-449.

ROSENTHAL, Lawrence. Does due process have an original meaning? On originalism, due process, procedural innovation... and parking tickets. In: *Oklahoma Law Review*, vol. 60, n. 1, 2007, p. 1-52.

ROSENTHAL, Douglas E. *Lawyer and client: who is in charge?* New York: Russel Sage Foundation, 1974.

ROSS, David. Do conflicts between class members vitiate class action securities fraud suits? In: *St. John's Law Review*, vol. 70, n. 2, 1996, p. 209-238.

ROUSSEAU, Jean Jaques. *Do contrato social*. Tradução de Pirtro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2000.

ROTHMAN, Sheila M. e ROTHMAN, David J. *The Willowbrook Wars: Bringing the Mentally Disabled into the Community*. New Jersey: The Transaction Publishers, 2005.

ROTHSTEIN, Barbara J.; BORDEN, Catherine R. *Managing Multidistrict Litigation in Products Liability Cases: a Pocket Guide for Transferee Judges*. Washington: Federal Judicial Center, 2011.

ROTUNDA, Ronald D. Civil Rights Act of 1991: A Brief Introductory Analysis of the Congressional Response to Judicial Interpretation. In: *Notre Dame Law Review*, vol. 68, n. 5, 1993, p. 923-954.

RUBENSTEIN, William B. On plaintiff "incentive" payments. In: *Class Action Attorney Fee Digest*, 2007, n. 4, p. 95-97.

\_\_\_\_\_. Finality in Class Action Litigation: Lessons from Habeas. In: *New York University Law Review*, vol. 82, n. 3, 2007, p. 790-869.

\_\_\_\_\_. The fairness hearing: adversarial and regulatory approaches. In: *UCLA Law Review*, vol. 53, 2006, p. 1435-1482.

\_\_\_\_\_. Divided We Litigate: Addressing Disputes among Group Members and Lawyers in Civil Rights Campaigns. In: *Yale Law Journal*, Vol. 106, n. 6, 1997, p. 1623-1682.

RUDLIN, D. Alan (ed.). *Toxic tort litigation*. Chicago: American Bar Association, 2007.

RUTHERGLEN, George. Better late than never: notice and opt out at the settlement stage of class actions. In: *New York University Law Review*, vol. 71, 1996, p. 258-295.

\_\_\_\_\_. Future claims in mass tort cases: deterrence, compensation, and necessity. In: *Virginia Law Review*, vol. 88, 2002, p. 1989-2007.

SABATO, Larry J.; ERNST, Howard R. LARSON, Bruce A. (eds.). *Dangerous democracy? The Battle Over Ballot Initiatives in America*. Lanham: Rowman & Littlefield Publishers, 2001.

SADIGURSKY, Dora e TAVARES, José Lucimar. Algumas considerações sobre o processo de desinstitucionalização. In: *Revista Latino-Americana de Enfermagem*, vol. 6, n. 2, 1998, p. 23-27.

SAGER, Lawrence. The incorrigible constitution. In: *New York University Law Review*, vol. 65, 1990, p. 893-961.

SAKS, Michael J.; BLANCK, Peter D. Justice Improved: The Unrecognized Benefits of Aggregation and Sampling in the Trial of Mass Torts. In: *Stanford Law Review*, vol. 44, 1992, p. 815-852.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as condutas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

SÁNCHEZ, Luis Enrique. *Avaliação de impacto ambiental: conceitos e métodos*. 2. ed. São Paulo: Oficina de Textos, 2013.

SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *Noções de direito do trabalho*. Tradução de Mozart Russomano e Carlos Alberto Chiarelli. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1973.

SANTOS, Boaventura se Souza. *La Globalizacion Del Derecho: los nuevos Caminos de La regulacion y la emancipacion*. Bogotá: ILSA, 1998.

SANTOS, Ronaldo Lima. *Teoria das Normas coletivas*. 2. ed. São Paulo: Editora LTR, 2009.

\_\_\_\_\_. *Sindicatos e Ações Coletivas*. 2. ed. São Paulo: Editora LTR, 2008.

SAPHIRE, Richard B. Specifying due process values: toward a more responsive approach to procedural protection. In: *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 127, 1978, p. 111-195.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. (Org.). *A*

*Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

\_\_\_\_\_. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: George Salomão Leite; Ingo Wolfgang Sarlet. (Org.). *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: Estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 9-49.

SASSEN, Saskia. *Sociologia da Globalização*. São Paulo: Artmed, 2010.

SAVIGNY, M.F. C. *Sistema del derecho romano actual*. Tomo IV. Traduzido por M. CH. Guenoux. Madrid: F. Góngora Y Compañía, editores, 1879.

SCARPARO, Eduardo. Controle da representatividade adequada em processos coletivos no Brasil. In: *Revista de Processo*, vol. 208, 2012, p. 125 e ss.

SCHLANGER, Margo. Plata v. Brown and Realignment: Jails, Prisons, Courts, and Politics. In: *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, vol. 48, 2013, p. 165-215.

\_\_\_\_\_. Civil Rights Injunctions Over Time: a Case Study of Jail and Prison Court Orders. In: *New York University Law Review*, vol. 81, 2006, p. 550-630.

\_\_\_\_\_. Beyond the hero judge: institutional reform litigation as litigation. In: *Michigan Law Review*, vol. 97, 1999, p. 1994-2036.

SCHNEIDER, Elizabeth M. The dialectic of rights and politics: perspectives from the women's movement. In: *New York University Law Review*, vol. 61, 1986, p. 589-652.

SCHUCK, Peter H. *Agent Orange on Trial: Mass Toxic Disasters in the Courts*. Enlarged Edition. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1988.

\_\_\_\_\_. Rethinking Informed Consent. In: *Yale Law Journal*, vol. 103, n. 4, 1994, p. 899-960.

SCHUMPETER, Joseph R. *Capitalism, Socialism and Democracy*. 3. ed. New York: Harper Colophon Books, 1950.

SCHWABE, Jürgen. *Cinqüenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Tradução de Beatriz Hennig et. al. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005.

SCHWARTZ, Bernard. The right to be heard in English Administrative Law. In: *Howard Law Journal*, vol. 2, 1956, p. 193-231.

\_\_\_\_\_. Procedural due process in federal administrative Law. In: *New York University Law Review*, vol. 25, 1950, p. 552-578.

SCIORTINO, Salvatore. Lege agere pro tutela. In: *Iuris Antiqui Historia: an international journal on ancient law*. Pisa e Roma: Fabrizio Serra Editoriale, 2009, p. 159-193.

SEN, Amartya. *The idea of justice*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

SHAPIRO, David L. Class Actions: The Class as Party and Client. In: *Notre Dame Law Review*, vol. 73, n. 2, 1998, p. 913-962.

\_\_\_\_\_. Courts, legislatures and paternalism. In: *Virginia Law Review*, vol. 74, 1988, p. 519-575.

\_\_\_\_\_. Some thoughts on intervention before courts, agencies, and arbitrators. In: *Harvard Law Review*, vol. 81, n. 4, 1968, p. 721-772.

SHAVEL, Steven. The fundamental divergence between the private and the social motive to use the legal system. In: *The Journal of Legal Studies*, vol. 26, 1997, p. 575-612.

\_\_\_\_\_. *Economic analysis of accident law*. Cambridge: Harvard University Press, 2007.

SHEN, Francis X. The overlooked utility of the defendant class action. In: *Denver University Law Review*, vol. 88, n. 1, 2010, p. 73-181.

SHERMAN, Edward F. Segmenting Aggregate Litigation: Initiatives and Impediments for Reshaping the Trial Process. In: *The Review of Litigation*, vol. 24, n. 4, 2006, p. 691-718.

\_\_\_\_\_. The Use of Public Opinion Polls in Continuance and Venue Hearings. In: *American Bar Association Journal*, vol. 50, 1964, p. 357-362.

SHIMURA, Sérgio. *Tutela coletiva e sua efetividade*. São Paulo: Editora Método, 2006.

SILBERMAN, Linda J.; STEIN, Allan R.; Wolff, Tobias Barrington. *Civil Procedure: Theory and Practice*. 4<sup>th</sup> ed. Frederick: Wolters Kluwer Law & Business, 2013.

SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2006.

SILVA, João Paulo Lyra da. *A desinstitucionalização e o processo de reorientação da assistência psiquiátrica no Rio de Janeiro no período 1995-2000: Monitoração de resultados de uma política pública utilizando dados de inquérito epidemiológico associados a registros administrativos*. (Dissertação de mestrado). Escola Nacional de Saúde Pública da Fundação Oswaldo Cruz. Orientador: Prof. Dr. Miguel Murat Vasconcellos. Rio de Janeiro, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Ação popular constitucional: doutrina e processo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

\_\_\_\_\_. *Sentença e coisa julgada: ensaios e pareceres*. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

SILVA, Sandra Lengruber da. *Elementos das ações coletivas*. São Paulo: Editora Método, 2004.

SILVA, Cátia Aida. *Justiça em jogo: novas facetas da atuação dos Promotores de Justiça*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2001.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

SILVER, Charles. Unloading the Lodestar: Toward a New Fee Award Procedure. In: *Texas Law Review*, vol. 70, n. 4, 1992, p. 865-970.

SILVER, Charles e BAKER, Lynn. I cut, you choose: the role of plaintiffs' counsel in allocating settlement proceeds. In: *Virginia Law Review*, vol. 89, 1998, p. 1465-1540.

SILVER, Marjorie A. Fairness and finality: third-party challenges to employment discrimination consent decrees after the 1991 civil rights act. In: *Fordham Law Review*, vol. 62, 1993, p. 321-379.

SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido processo legal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SIMMEL, Georg. *Sociologia*. Organização de Evaristo de Moraes Filho. São Paulo: Ática, 1983.

SIMON, William. Class Actions: useful tool or engine of destruction. In: *Federal Rules Decisions*, vol. 55, 1972, p. 375-394.

\_\_\_\_\_. The Dark Secret of Progressive Lawyering: A Comment on Poverty Law Scholarship in the Post-Modern, Post-Reagan Era. In: *University of Miami Law Review*, vol. 48, n. 5, 1994, p. 1099-1114.

SIMPSON Robert R. e PERRA, Craig L. Defendant Class Actions. In: *Connecticut Law Review*, vol. 32, 2000, p. 1319-1336.

SLATER, Don; RITZER, George. Interview with Ulrich Beck. In: *Journal of Consumer Culture* n. 1, 2001.

SMITH, Ruth Ann; LUX, David S. Historical Method in Consumer Research: Developing Causal Explanations of Change. In: *Journal of Consumer Research*, vol. 19, n. 4, 1993, p. 595-610.

SOARES, Fabiana de Menezes. *Direito Administrativo de Participação: Cidadania, Direito, Estado e Município*, Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

SOARES, Inês Virginia Prado. Neoconstitucionalismo e jurisdição constitucional: as audiências públicas no Supremo Tribunal Federal. In: FRANCISCO, José Carlos. (Org.). *Neoconstitucionalismo e Atividade Jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2012, v. 01, p. 193-217.

SOARES, Maria Teresa Costa; LIMA, Gilson Brito Alves; BRANDÃO, André Augusto Pereira. Impactos econômicos da degradação ambiental: a crise da atividade pesqueira em Jurujuba – Niterói/RJ. In: *Revista Pesquisa e Desenvolvimento Engenharia de Produção*, n. 4, 2005, p. 39-54.

SOBOLEWSKI, Marek. Electors and representatives: a contribution to the theory of representation. IN PENNOCK, J. Roland (ed.). *Representation*. New York: Atherton Press, 1968, p. 95-107.

SOLUM, Laurence. Procedural justice. In: *Southern California Law Review*, vol. 78, 2004, p. 181-321.

SOUSA, Miguel Teixeira de. *A legitimidade popular na tutela dos interesses difusos*. Lisboa: Editora Lex, 2003.

SPENCE, David B. The Shadow of the Rational Polluter: Rethinking the Role of Rational Actor Models in Environmental Law. In: *California Law Review*, vol. 89, n. 4, 2001, p. 917-998.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Responsabilidade civil ambiental: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

\_\_\_\_\_. Valoração de danos ambientais irreversíveis. In: *MPMG Jurídico Edição Especial Meio Ambiente*, 2011, p. 24-30.

STEPHAN, Frederick F.; MCCARTY, Philip. Sampling opinion, attitudes, and consumer wants. In: *The American Statistician*, vol. 1, n. 3, 1947, p. 6-7.

STEVENS, Richard G. *Frankfurter and due process*. Lanham: United Press of America, 1987.



\_\_\_\_\_. Book review of W. Mendelson, *Justices Black and Frankfurter: conflict in the court*. In: *William and Mary Law Review*, vol. 3, 1961, p. 216.

STOCK, J. Stevens; AUERBACH, Barbara K. How not to do consumer research. In: *Journal of Marketing*, vol. 27, n. 3, 1963, p. 20-25.

STOKES, Susan C. Pathologies of deliberation. In: ELSTER, John (ed.). *Deliberative democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998, p. 123-139.

STORY, Joseph. *Commentaries on equity pleadings and the incidents thereof*. According to the practice of the Courts of Equity of England and America. 8th Edition. Boston: Little, Brown e Company, 1870.

\_\_\_\_\_. *Commentaries on equity jurisprudence as administered in England and America*. 2 v. 13th edition. Boston: Little Brown e Company: 1886.

ST. JOHN, Nancy H. *School Desegregation: Outcomes for Children*. New York: John Wiley, 1975.

STURM, Susan P. The promise of participation. In: *Iowa Law Review*, vol. 78, 1993, p. 981-1010.

\_\_\_\_\_. A Normative Theory of Public Law Remedies. In: *Georgetown Law Journal*, vol. 79, n. 5, 1991, p. 1355-1446.

\_\_\_\_\_. Legacy and Future of Corrections Litigation. In: *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 142, n. 2, 1993, p. 639-738.

SULLIVAN, E. Thomas *et al. Complex litigation*. Danvers: LexisNexis, 2009.

SUMMERS, Robert S. Evaluating and improving legal processes - a plea for "process values". In: *Cornell Law Review*, vol. 60 n. 1, 1974, p. 1-52.

SUBRIN, Stephen; DYKSTRA, Richard. Notice and the right to be heard: the significance of old friends. In: *Harvard Civil Rights: Civil Liberties Law Review*, vol. 9, 1974, p. 449-480.

SUSTEIN, Cass R. *et al. Punitive Damages: How Juries Decide*. Chicago: The University of Chicago Press, 2003.

TALAMINI, Eduardo. *Tutela Relativa aos Deveres de Fazer e de Não Fazer*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

TARDE, Gabriel. *Monadologia e Sociologia*. Tradução de Paulo Neves. Petrópolis: Editora Vozes, 2003.

TARUFFO, Michele. Notes on the collective protection of rights. In: *I Conferencia Internacional y XXIII Jornadas Iberoamericanas de derecho procesal: procesos colectivos class actions*. Buenos Aires: International Association of Procedural Law y Instituto Iberoamericano de derecho procesal, 2012, p. 23-30.

\_\_\_\_\_. Some remarks on group litigation in comparative perspective. In: *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 11, 2001, p. 405-421.

\_\_\_\_\_. *Simplemente la Verdad: el juez y la construcción de los hechos*. Traducción de Daniela Accatino Scagliotti. Barcelona: Editora Marcial Pons, 2010.

TELLES JÚNIOR, Goffredo. *O Direito Quântico: ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica*. 6. ed. São Paulo: Max Limonad, 1985.

TERRELL, Timothy. Liberty and Responsibility in the Land of New Property: Exploring the Limits of Procedural Due Process. In: *University of Florida Law Review*, Vol. 39, n. 2, 1987, pp. 351-386.

TESHEINER, José Maria. Ação popular, substituição processual e tutela do Direito objetivo. In: *Revista de Processo*, vol. 34, 2009, p. 398-404.

\_\_\_\_\_. Jurisdição e Direito objetivo. In: *Justiça do Trabalho*, v. 28, 2011, p. 28-37.

THE AMERICAN LAW INSTITUTE. *Principles of the Law of Aggregate Litigation*. St. Paul: American Law Institute Publishers, 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Princípio do contraditório: tendências de mudança da sua aplicação. In: *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, vol. 28, 2009, p. 177-206.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 49 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

THREADCRAFT, Joshua H. The Class Action Settlement: When the Good Can Become the Bad and the Ugly. In: *Journal of the Legal Profession*, Vol. 25, pp. 227-238.

THIBAUT, John; WALKER, Laurens. *Procedural justice: a psychological analysis*. Hillsdale: Lawrence Erlbaum Associates, Publishers: 1975.

TIDMARSH, Jay; TRANGSRUD, Roger H. *Complex litigation: problems in advanced civil procedure*. New York: Foundation Press, 2002.

TIDMARSH, Jay. Rethinking adequacy of representation. In: *Texas Law Review*, vol. 87, 2009, p. 1137-1203.

\_\_\_\_\_. *Mass Tort Settlement Class Actions: Five Case Studies*. Federal Justice Center, 1998.

TÖNNIES, Ferdinand. *Comunidad y Sociedad*. Tradução de Josep Rovira. Buenos Aires: Losada, 1947.

TRIBE, Laurence. *American Constitutional Law*. 2. ed. Mineola: The Foundation Press Inc, 1988.

\_\_\_\_\_. Structural Due process. In: *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, vol. 10, 1975, p. 269-321.

TRIBE, Laurence e MATZ, Joshua. *Uncertain Justice: The Roberts Court and the Constitution*. New York: Henry Holt and Company, 2014.

TRIOLA, Mario F. *Introdução à estatística*. 11. ed. Tradução de Vera Regina Lima de Farias. Rio de Janeiro: LTC Editora, 2013.

TROCKER, Nicolo. Il nuovo articolo 111 della costituzione e il “giusto processo” in materia civile: profili generali. In: *Rivista trimestrale di procedura civile*, 2001, p. 381-410.

TUSHNET, Mark. Some Legacies of Brown v. Board of Education. In: *Virginia Law Review*, vol. 90, 204, p. 1693-1720.

\_\_\_\_\_. *The NAACP's Legal Strategy against Segregated Education, 1925-1950*. Chapel Hill: The University of North Carolina Press, 2005.

\_\_\_\_\_. Policy distortion and democratic debilitation: comparative illumination of the countermajoritarian difficulty. In: *Michigan Law Review*, vol. 94, 1995, p. 245-301.

\_\_\_\_\_. *Making Civil Rights Law: Thurgood Marshall and the Supreme Court, 1956-1961*. New York: Oxford University Press, 1996.

TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Rational Choice and the Framing of Decisions. In: *The Journal of Business*, Vol. 59, No. 4, 1986 p. 251-278.

TYLER, Tom R. The psychology of procedural justice: A test of the group-value model. In: *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 5, n. 5, 1996, p. 830-838.

\_\_\_\_\_. What is procedural justice?: criteria used by citizens to assess the fairness of legal procedures. In: *Law and Society Law Review*, vol. 22, n. 1, 1988, p. 103-135.

UNGER, Roberto Mangabeira. *Law in modern society: toward a criticism of social theory*. New York: The Free Press, 1976.

UNITED STATES. *Rules of the Supreme Court of the United States*. Washington: Government Printing Office, 1869.

UNITED STATES. *The new Federal Equity Rules*. Cincinnati: The W. H. Anderson Company, 1913.

VAN ALSTYNE, William W. The Demise of the Right-Privilege Distinction in Constitutional Law. In: *Harvard Law Review*, vol. 81, 1968, p. 1439-1464.

\_\_\_\_\_. Cracks In: "The New Property": Adjudicative Due Process. In: The Administrative State. In: *Cornell Law Review*, vol. 62, 1977, p. 445-493.

VANDEVELD, Kenneth J. Ideology, Due Process and Civil Procedure. In: *St. John's Law Review*, vol. 67, n. 2, 1993, p. 265-326.

VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Editora Malheiros, 2007.

VENUGOPAL, Pankaj. The Class Certification of Medical Monitoring Claims. In: *Columbia Law Review*, vol. 102, n. 6, 2002, p. 1659-1695.

VIANNA, Luís Werneck. Revolução processual do direito e democracia progressiva. In: VIANNA, Luís Werneck (org.) *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002.

VICENTE, José João Neves Barbosa. A crítica de MacIntyre à teoria da justiça de Rawls. In: *Revista Trilhas filosóficas*, Ano III, n. 2, jul-dez 2010, p. 102 a 112.

VIEIRA, José Ribas. CORRÊA, Letícia França. A audiência pública jurisdicional no Supremo Tribunal Constitucional. In: CARVALHO, Flávia Martins. VIEIRA, José Ribas (orgs.). *Desafios da Constituição: Democracia e Estado no Século XXI*. Rio de Janeiro: UFRJ, 2011.

VIGORITI, Vincenzo. *Interessi collettivi e processo: la legittimazione ad agire*. Milano: Giuffrè, 1979.

VILHENA, Renata et al (orgs.). *O Choque de Gestão em Minas Gerais: políticas de gestão pública para o desenvolvimento*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2006.

VIOLIN, Jordão. *Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural*. Salvador: Editora Juspodivm, 2013.

VITORELLI, Edilson. *Estatuto do Índio*. 2. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2013.

\_\_\_\_\_. *Estatuto da Igualdade Racial e comunidades quilombolas*. Salvador: Editora Juspodivm, 2012.

\_\_\_\_\_. *Execução coletiva pecuniária: uma análise da (não) reparação da coletividade no Brasil*. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-

Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Orientadora. Professora Dra. Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau. Belo Horizonte, 2011.

VOEGELIN, Eric. Representation and existence. In: HENNINGSEN, Manfred (ed.). *The collected papers of Eric Voegelin*. Vol. 5: Modernity without restraint. Missouri: University of Missouri Press, 2000, p. 109-128.

WADE, H. W. R. & FORSYTH, C. F. *Administrative Law*. 10th Edition. Oxford: Oxford University Press, 2009.

WALKER, Laurens. A Model Plan to Resolve Federal Class Action Cases by Jury Trial. In: *Virginia Law Review*, vol. 88, n. 2, 2002, p. 405-446.

WARREN, Mark E. What can democratic participation mean today? In: LAYCOCK, David (ed.). *Representation and Democratic Theory*. Vancouver: UBC Press, 2004, p. 197-219.

WARSHAUER, Samantha Y. When futures fight back: for long- latency injury claimants in mass tort class actions, are asymptomatic subclasses the cure to the disease? In: *Fordham Law Review*, vol. 72, 2004, p. 1219-1282.

WASSERMAN, Rhonda. *Procedural due process: a reference guide to the United States Constitution*. Westport: Praeger Publishers, 2004.

WATANABE, Kazuo. Tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (coord.). *A tutela dos interesses difusos: doutrina, jurisprudência e trabalhos forenses*. São Paulo: Max Limonad, 1984, p. 85-97.

\_\_\_\_\_. Processo civil de interesse público: introdução. In: SALLES, Carlos Alberto de (org.). *Processo Civil e Interesse Público: o Processo como Instrumento de Defesa Social*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 15-21.

WATERBURY, Lester E. Opinion surveys in civil litigation. In: *The Public Opinion Quarterly*, vol. 17, n. 1, 1953, p. 71-90.

WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da Sociologia compreensiva*. Vol. 1. Tradução de Regis Barbosa e Karen E. Barbosa. São Paulo: Imprensa Oficial e Editora UNB, 2004.

WEBER, Mark C. A Consent-Based Approach to Class Action Settlement: Improving Amchem Products, Inc. v. Windsor. In: *Ohio State Law Journal*, vol. 59, n. 4, 1998, p. 1155-1222.

WEDDLE, Daniel M. Settlement Class Actions and Mere-Exposure Future Claimants: Problems in Mass Toxic Tort Liability. In: *Drake Law Review*, vol. 47, n. 1, 1998, p. 113-140.

WEINSTEIN, Jack B. *Individual Justice in Mass Tort Litigation: The Effect of Class Actions, Consolidations, and other Multiparty Devices*. Evanston: Northwestern University Press, 1995.

\_\_\_\_\_. Ethical dilemmas in mass tort litigation. In: *Northwestern Law Review*, vol. 88, 1994, p. 469-568.

WEISS, Elliott J. e BECKERMAN, John S. Let the Money Do the Monitoring: How Institutional Investors Can Reduce Agency Costs in Securities Class Actions. In: *Yale Law Journal*, vol. 104, n. 8, 1995, p. 2053-2128.

WERNECK, Cláudia. *Sociedade Inclusiva: Quem Cabe no seu Todos?* WVA Editora, 1999.

WEXLER, Stephen. Practicing law for poor people. In: *Yale Law Journal*, vol. 79, 1970, p. 1049-1067.

WHEELAN, Charles. *Naked Statistics: Stripping the Dread from the Data*. New York: W. W. Norton & Company, 2014.

WHITE, Albert Beebe. *Self Government at the king's command*. Minneapolis: The University of Minnesota Press, 1933.

WHITE, Lucie E. Mobilization on the margins of the lawsuit: making space for the clients do speak. In: *NYU Review of Law and Social Change*, vol. XVI, 1987-88, p. 535-564.

WILDE, Zulema D. e GAIBROIS, Luís M. *O que é a mediação?* Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

WILLIAMS, Ryan C. The one and only substantive due process clause. In: *The Yale Law Journal*, vol 120, n. 3, 2010, p. 408-512.

WILLING, Thomas E.; HOOPER, Laural L.; NIEMIC, Robert J. *Empirical Study of Class Actions in Four Federal District Courts: Final Report to the Advisory Committee on Civil Rules*. Washington, D.C.: Federal Judicial Center, 1996.

WILLGING, Thomas E.; WHEATMAN, Shannon R. Attorney Choice of Forum in Class Action Litigation: What Difference Does It Make. In: *Notre Dame Law Review*, vol. 81, n. 2, 2006, p. 591-654.

WILLING, Thomas E.; HOOPER, Laural L.; NIEMIC, Robert J. An Empirical Analysis of Rule 23 to Address the Rulemaking Challenges. In: *New York University Law Review*, vol. 71, 1996, p. 74-185.

WILLGING, Thomas; LEE III, Emery. Class certification and class settlement: findings from federal question cases, 2003–2007. In: *University of Cincinnati Law Review*, vol. 80, n. 2, 2012, p. 315-347.

WIRT, Gregory M. Missed Opportunity: Stephenson v. Dow Chemical Co. and the Finality of Class Action Settlements. In: *Penn State Law Review*, vol. 109, n. 4, 2005, p. 1297-1313.

WITHERSPOON, Joseph P. The bureaucracy as representatives. In: IN PENNOCK, J. Roland (ed.). *Representation*. New York: Atherton Press, 1968, p. 229-256.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractus Logico-Philosophicus*. Tradução de José Arthur Giannotti. São Paulo: Companhia Editorial Nacional, 1968.



WOLDORF, Rachel A. *White Flight/Black Flight: The Dynamics of Racial Change in an American Neighborhood*. Ithaca: Cornell University Press, 2011.

WOLFF, Tobias Barrington. Preclusion in class action litigation. In: *Columbia Law Review*, vol. 105, 2005, p. 788-89.

WOLFMAN, Brian e MORRISON, Alan B. Representing the Unrepresented in Class Actions Seeking Monetary Relief. In: *New York University Law Review*, vol. 71, 1996, p. 439-513.

WOOLLEY, Patrick. The availability of collateral attack for inadequate representation in class suits. In: *Texas Law Review*, vol. 79, 2000, p. 383-446.

\_\_\_\_\_. Rethinking the adequacy of adequate representation. In: *Texas Law Review*, vol. 75, 1997, p. 617.

WOLTERS, Raymond. The Consent Order as Sweetheart Deal: The Case of School Desegregation in New Castle County, Delaware. In: *Temple Political and Civil Rights Law Review*, vol. 4, n. 2, 1995, p. 271-300.

WRIGHT, Charles A. Class Actions. In: *Federal Rules Decisions*, vol. 47, 1970, § 169-185.

WRIGHT, J. Skelly. Beyond discretionary justice. In: *The Yale Law Journal*, vol. 81, 1972, p. 575-597.

WRIGHT, Charles A.; MILLER, Arthur R.; COOPER, Edward H. *Federal Practice and Procedure*. 3. ed. vol. 18A. Danvers: Thomson West, 2005.

YEAZELL, Stephen C. *From medieval group litigation to the modern class action*. New Haven: Yale University Press, 1987.

\_\_\_\_\_. The misunderstood consequences of modern civil process. In: *Wisconsin Law Review*, 1994, p. 631-678.

\_\_\_\_\_. Re-financing civil litigation. In: *DePaul Law Review*, vol. 51, 2001, p. 183-217.

\_\_\_\_\_. Intervention and the idea of litigation: a commentary on the Los Angeles school case. In: *UCLA Law Review*, vol. 25, 1977, p. 244-260.

YIN, Robert. *Case Study Research: Design and Methods*. Thousand Oaks: Sage Publications, 2014.

YOUNG, Iris Marion. *Inclusion and democracy*. New York: Oxford University Press, 2000.

\_\_\_\_\_. Representação política, identidade e minorias. Tradução de Alexandre Morales. In: *Revista Lua Nova*, vol. 67, 2006, p. 139-190.

YOSHIDA, Consuelo Y. M. *Tutela dos interesses difusos e coletivos*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006.

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. *Origem e Evolução do Devido Processo Legal Substantivo: o Controle da Razoabilidade das Leis do Século XVII ao XXI*. São Paulo: Editora Letras Jurídicas, 2007.

ZANETI JR., Hermes. A legitimação conglobante nas ações coletivas: a substituição processual decorrente do ordenamento jurídico. In: *Revista Videre*, ano 2, vol. 3, 2010, p. 101-116.

ZAPATER, Thiago Cardoso. *Interesses difusos na teoria jurídica: conflituosidade e jurisdicionalização da política*. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Orientadora: Professora Doutora Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida. São Paulo, 2007.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. Reforma do processo coletivo: indispensabilidade de disciplina diferenciada para direitos individuais homogêneos e para direitos transindividuais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 33-38.

ZEISEL, Hans. The uniqueness of survey evidence. In: *Cornell Law Quarterly*, vol. 45, 1960, p. 322-346.

ZELINSKY, Yuri B. Adverting Defendant-Induced Pre-Certification Mootness of Class Actions. In: *Chicago-Kent Law Review*, vol. 55, n. 3, 1979, p. 793-818.

ZIMET, Barbara T. R. Ancient Athenian Procedural Due Process: A Reflection of Societal Values. In: *The American University Law Review*, vol. 23, 1973, p. 485-511.